

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

THÉORIE JURIDIQUE

DE LA

FONCTION PUBLIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le Vendredi 25 janvier 1901 à 1 heure.

PAR

HENRY NÉZARD

Si l'on n'assure le fondement, on ne peut assurer l'édifice.

PASCAL.

Les peuples qui n'acceptent pas la discipline des principes subissent tôt ou tard la discipline de la force.

CH. BEUDANT, *Le droit individuel et l'Etat*, p. 2.

Président : M. BERTHÉLEMY, *professeur*.

Suffragants { MM. LARNAUDE, *professeur*.
PILLET, *professeur*.

PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS

ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE et FORCEL

22, rue Soufflot, 22

L. LAROSE, Directeur de la Librairie

1901

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

THÉORIE JURIDIQUE

DE LA

FONCTION PUBLIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le Vendredi 25 janvier 1901 à 1 heure.

PAR

HENRY NÉZARD



Si l'on n'assure le fondement, on ne peut assurer l'édifice.

PASCAL.

Les peuples qui n'acceptent pas la discipline des principes subissent tôt ou tard la discipline de la force.

CH. BEUDANT, *Le droit individuel et l'Etat*, p. 2.

Président : M. BERTHÉLEMY, *professeur*.

Suffragants { MM. LARNAUDE, *professeur*.
PILLET, *professeur*.

PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS
ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE et FORCEL

22, rue Soufflot, 22

L. LAROSE, Directeur de la Librairie

—
1901

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

PRÉFACE

De tous les problèmes qui touchent au droit public moderne aucun n'a l'importance chaque jour croissante de celui qui consiste à déterminer la nature juridique de la fonction publique. De la solution donnée à ce problème dépend en effet toute la valeur politique et administrative du gouvernement d'un pays : ce sont les fonctionnaires publics qui appliquent la loi et établissent le « règne du droit » (1) ; ce sont eux qui gèrent les intérêts de la collectivité. Or la fidélité dans l'exécution des ordres de la puissance publique ou l'impartialité dans la gestion des intérêts généraux dépendent des garanties et du degré de liberté qui sont accordés aux fonctionnaires ainsi que de la responsabilité qu'ils encourent, c'est-à-dire du régime juridique auquel ils sont soumis, de la nature du rapport qui s'établit entre eux et l'Etat.

Malgré son importance capitale, la question n'a jamais tenu et ne tient encore que peu de place dans la science moderne.

De ce double mouvement de la puissance publique, déléguée d'abord par l'électeur à l'Etat dans un vote plus

1. Le *Rechtstaat* des Allemands ou « *il governo juridico* » des Italiens.

ou moins direct et transmise ensuite par l'Etat, qui ne peut l'exercer, au fonctionnaire qui en a l'exercice, on n'a guère étudié que la première phase, c'est-à-dire la représentation politique (1).

Quant à la seconde phase, à savoir la transmission de l'Etat au fonctionnaire de cette puissance souveraine, c'est-à-dire la représentation administrative, elle a été généralement négligée.

Les Allemands ont, les premiers, jeté quelque lumière sur ce sujet ignoré des juristes ; aujourd'hui c'est encore

1. Encore ce problème de la nature juridique de la représentation politique est-il généralement passé sous silence dans les traités même des meilleurs jurisconsultes. (Voyez toutefois M. ESMEIN. *Droit Constitutionnel*, 2^e éd., 1899, pp. 184 et ss). Cependant une preuve curieuse de l'importance de cette question et du désir qu'ont beaucoup de juristes de la voir traiter est dans ce fait qu'en France la Faculté de droit de Paris pour le concours Rossi de 1891 et en Italie le cercle juridique de Palerme pour un concours de 1885 ont proposé ce sujet. Mais, par contre, un témoignage du peu d'empressement qu'on met à cette étude, c'est que dans l'une de ces Facultés il n'y a pas eu de prix, et dans l'autre il n'y a même pas eu de concurrent. Cependant en Italie la question a depuis lors été étudiée par : V. MICELI : *Il concetto giuridico moderno della rappresentanza politica*, Perugia, 1892 ; G. IONA : *La rappresentanza politica*, Modena, 1893 ; L. ROSSI : *I principii fondamentali della rappresentanza politica*, Bologna, 1894 ; PERSICO : *Le rappresentanze politiche e amministrative*, Napoli, 1885. En France, elle a été l'objet à l'Académie des sciences morales et politiques d'une communication de M. Courcelles-Seneuil et d'un débat intéressant entre MM. Frédéric Passy, Arthur Desjardins, Paul Leroy-Beaulieu, Lefèvre-Pontalis, dans la séance du 15 décembre 1888 (Voir le *compte rendu des séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 49^e année, 1889, 1^{er} semestre, p. 297 et 316). Elle a fait également le sujet d'un article de M. Orlando, professeur ordinaire de droit public à l'Université de Palerme, dans la Revue du droit public et de la science politique, 1895, I, p. 1 et s.

chez eux que la question est le plus étudiée ; elle fait l'objet de discussions actuelles pour des jurisconsultes comme Laband (1), Seydel (2), Rhem (3), Rönne (4), Zorn (5), Löning (6), Jellinek (7).

Les Italiens, qui cherchent fréquemment leurs inspirations dans la science allemande, y ont consacré accidentellement de nombreuses études, d'ailleurs toutes superficielles et qui ne font que reproduire les solutions données par les auteurs allemands (8).

Mais en Espagne Posada seul effleure la question ; en

1. LABAND : *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Fribourg, 3^e édition, 1895, I, p. 147 et s., 386, 394 et s., II, p. 399 et s.

2. SEYDEL : *Baierisches Staatsrecht*, 2^e édit., Munich, 1896, I, p. 282, II, 182-191, 237 et s.

3. RHEM : *Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht*, Munich, 1885.

4. RÖNNE : *Staatsrecht der Preussischen Monarchie*, 4^e éd., 1884, III, p. 337 et s., 406 et s.

5. ZORN : *Staatsrecht des deutschen Reiches*, 2^e éd., 1895, I, p. 304-307.

6. LÖNING : *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, 1884, p. 37 et s., p. 108 et s.

7. JELLINEK : *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Fribourg, 1892, p. 172 et s.

8. Voir entre autres : BONASI : *Della responsabilita penale e civile dei ministri e degli altri pubblici ufficiali* ; BERTOLINI : *Della garanzia della legalita in ordine alla funzione amministrativa*, Rome, 1890 ; CISOTTI : *Intorno al significato di « agenti della forza pubblica »* (in supplemento della Rivista penale, vol. IV, p. 92-99) ; CIALFI : *Dei pubblici ufficiali per gli effetti della legge penale*, in Rivista penale, XXXIII, p. 134-151 ; GIORGI : *La dottrina delle persone giuridiche*, tome III, p. 129 et s., Florence, 1892 ; IMPALLOMENI : *Pubblici ufficiali e persone legittimamente incaricate di un pubblico servizio* (in supplemento della Rivista penale, III, p. 341-345) ; MANTELLINI : *Lo Stato e il Codice civile*, III, 136-141 ; MEUCCI : *Inst. di diritti amministrativi*, 1^{re} partie, sect. II, ch. V, a, 2 ; MICELI : *Le guarentigie dei funzionari pubblici*, Catane, 1897, p. 63 et s. ; ORLANDO : *Principii di diritto*

Angleterre, on n'a jamais vu dans le fonctionnaire qu'un serviteur privé de la couronne (*servant of the Crown*) et par suite il ne peut y avoir de théorie spéciale de la fonction publique ; en France, l'enseignement oral de M. Larnaude à la Faculté de droit de Paris, quelques lignes de M. Dareste (1), un aperçu de M. Laferrière (2), des notes de M. Hauriou (3), un paragraphe du *Traité de droit administratif* de M. Berthélemy (4) constituent tout ce que la science juridique a produit sur notre sujet (5).

amministrativo, livre III et *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, p. 223 et s. ; PERSICO : *Le rappresentanze politiche e amministrative*, Napoli, 1885 ; SANTI (Romano) : *Nozione e la natura degli organi costituzionali dello Stato*, Palerme, 1898 ; UGO : *I diritti e i doveri dei pubblici ufficiali*, p. 84 et s., p. 199 et s. ; PACINOTTI : *Contributo alla determinazione giuridica del rapporto d'impiego nel diritto amministrativo* (Rivista Italiana per le scienze giuridiche, vol. XXIX, 15 mai 1900, p. 68 et s.)

1. DARESTE : *La justice administrative*, 2^e éd. p. 372 et s.

2. LAFERRIÈRE : *Juridiction administrative*, 2^e éd. 1896, I, p. 619.

3. HAURIOU : *Précis de droit public et administratif*, p. 687 et s., 2^e éd. 1897 et notes : S. 92. 3. 17 ; 92. 3. 65 ; 94. 3. 33 ; 99. 3. 106.

4. BERTHELEMY : *Traité élémentaire de droit administratif*. Paris, Rousseau 1901, liv. I, ch. I, § 4, p. 52 et s.

5. Il convient même de remarquer que ces trop rares aperçus sont tous contemporains : avant le xvi^e siècle on n'étudia la fonction publique qu'à travers le droit romain du Bas-Empire dans lequel l'Empereur avait seul nominalement l'*imperium* et la *jurisdictio*, par suite le fonctionnaire public n'avait aucun droit et ses serviteurs privés n'avaient pas la qualité de fonctionnaire ; au xvi^e et surtout au xvii^e siècle on l'assimila pour des raisons historiques que nous étudierons à la théorie féodale du fief, et cela à la fois dans les études de droit public et de droit coutumier. « Les fiefs en effet sont à la fois matières de droit public et de droit coutumier, dit Loyseau, étant à la fois des seigneuries publiques et privées. » (*Des seigneuries*, Châteaudun, 1608, livre I, ch. I, p. 17-18). Voyez

N'est-ce pas cependant par l'examen de ces deux questions que devrait commencer l'étude du droit public, car aussi bien qu'à la base du droit constitutionnel il faut placer l'étude du caractère des représentants du peuple, c'est-à-dire le concept juridique de la représentation politique, à la base du droit administratif on doit trouver celle

notamment sur cette confusion de la fonction publique et du fief qui fut d'abord une fonction publique à laquelle étaient attachés des avantages immobiliers :

DUMOULIN : *Commentarii in consuetudines parisienses*. Parisiis, 1539, in princip., p. 1, n^o 1 ; ARNOULD LE FERRON : *In consuetudines Burdigalensium* ; GUY COQUILLE : *Coutumes du pays et duché de Nivernais* ; D'ARGENTRÉ : *Commentarii ad præcipuos juris Britannici titulos*. Parisiis, 1605 ; GALLAND : *De l'origine des droits seigneuriaux*, Paris, 1637 ; DE FERRIÈRE : *Traité des fiefs*, Paris, 1680 ; VAILLANT : *De la source du fief et que coulée du droit divin elle s'est éparse par toutes nations*, Paris, 1604 ; PASQUIER : *Les Recherches de la France*, Paris, 1611 ; FAUCHET : *De l'origine des Dignités et Magistrats de France*, Paris, 1600 ; LOYSEAU : *Traité des offices et des seigneuries*, Châteaudun, 1610 ; ALTESERRA : *De origine feudorum*, livre I, p. 286 et tout le ch. VI ; *De ducibus et comitibus provincialibus Galliae*, Tolosae, in-4^o, 1643, livre III. Mais jamais on n'étudia spécialement la nature juridique de la fonction publique. Domat emploie tout le livre II de son Droit public à partir des droits et devoirs des officiers et titulaires de charges sans même entamer la question qui nous occupe. Loyseau cependant se demande dans quelle mesure les officiers participent à la souveraineté [*Des offices* : liv. I, ch. VI, § 8 et § 10, p. 67] et s'ils y ont un droit propre (*Ibidem* : liv. II, ch. I, § 1, p. 184 et s.). Au xvm^e siècle on étudia bien la « commission » qui s'est substituée à l'office dans beaucoup de cas et surtout à propos des intendants et de leurs *subdélégués*, mais c'est pour en signaler les conséquences politiques non pour en faire la théorie (voir GUYOT : *Traité des droits, fonctions, etc.*, t. III, p. 441 ; D'ARGENSON : *Considérations sur le gouvernement ancien et présent de la France*, Amsterdam, 1774, ch. VII, p. 240). Au xix^e siècle le droit administratif, grâce à la Révolution, se renouvelle ; des auteurs ne voient même aucun lien entre le droit ancien et le droit moderne et

du caractère des agents de l'Etat, des fonctionnaires, c'est-à-dire, le concept juridique de la fonction publique.

C'est cette dernière théorie que nous allons essayer d'établir. A cette question aussi neuve, nous n'avons pas la prétention de donner une solution immuable et définitive, nous pensons simplement que nos efforts d'analyse nous rapprocheront de la vérité.

font table rase du premier. La fonction publique est réglée par des lois successives et spéciales à chaque service qui décèlent chez le législateur plutôt ses préoccupations politiques que le souci d'une organisation méthodique. Aussi les auteurs, fidèles à la méthode des Institutes, se bornant à commenter en droit administratif comme en droit civil les textes législatifs, ne peuvent en dégager aucune théorie générale et ne se préoccupent point de savoir quel est le lien juridique qui unit le fonctionnaire à l'Etat.

Ce n'est que dans les dernières années de ce siècle qu'une méthode scientifique a permis de dégager ces théories du droit public.

BIBLIOGRAPHIE

- AGUESSEAU (D'). — *L'Institution au droit public*. (Œuvres. Paris, 1787 1789, 13 vol.)
- AHRENS. — *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*. Leipzig, 1868.
- AHRENS. — *Encyclopédie juridique*. Trad. Chauffard. Paris, 1880.
- ALCUBILLA. — *Dictionnaire d'administration espagnole*.
- ALLARD. — *De la personnalité du département*, 1885 (thèse).
- ALTESERRA (D'HAUTESERRE). — *De ducibus et comitibus provincialibus Galliae*. Toulouse 1643.
- AMUNATEGUI. — *Administracion politica y Derecho administrativo*, 1894.
- ARGENSON (D'). — *Considérations sur le gouvernement ancien et présent de la France*. Amsterdam, 1774.
- ATTALLA. — *Le guardie municipali e l'art. 194 del Codice penale*, (in *supplemento della Rivista Penale*, vol. IV, p. 92-99).
- AVENEL (VICOMTE D'). — *La réforme administrative*. Paris, 1897.
- AUCOC. — *Conférences sur l'administration*. Paris, 1869-1876, 3 vol.
- AUCOC. — *Sur la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de recours contre les actes du gouvernement*, (*Revue Critique*, XL 1853, p. 256-271).
- BAGEHOT. — *Lois scientifiques du développement des nations*.
- BALICKI. — *L'organisation spontanée de la société politique*.
- BALICKI. — *L'Etat comme organisation coercitive de la société politique*. Paris, Giard et Brière, 1896.
- BANNISTER. — *De quelques usages de l'Angleterre relativement à la nomination aux emplois publics* (*Revue Fœlix*, tome I, 1834, p. 674).
- BANNISTER. — *De la responsabilité des fonctionnaires publics en Angleterre* (*Revue Fœlix*, tome II, 1853, p. 129).
- BARCKHAUSEN. — *Introduction à l'étude du droit public général français*. Paris, Pichon, 1894 (ou *Revue critique*, 1894, p. 28).
- BARCKHAUSEN. — *L'idée de l'Etat*. (*Revue d'Economie politique*, 1892 VII, p. 1004).

- BARASSI. — *Il contratto di lavoro nel codice civile*. Milano, 1899.
- BARTHÉLÉMY. — *De la résiliation du louage de services*. Paris, 1896.
- BARTHÉLÉMY. — *Essai sur une nouvelle théorie des droits subjectifs*. Paris, 1899 (thèse).
- BATBIE. — *Traité de droit public et administratif*, 2^e édit. Paris, 1855-1886, 8 vol.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — *Précis de droit civil*, 7^e édit. 3 vol.
- BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL. — *Traité du louage*, t. II, n^o 1212 et s. Paris, 1898.
- BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL. — *Des contrats aléatoires*. Paris, 1899.
- BAVELIER. — *Traité des pensions civiles et militaires*. Paris, 1886, 2 vol.
- BAZILLE. — *De la responsabilité pécuniaire de l'Etat par le fait de ses agents*. (*Revue générale d'administration*, 1880, t. III, p. 28).
- BEAUSSIRE. — *Les principes du droit*. Paris, 1888.
- BELTRAMI. — *La Nuova guida per gli uffizi comunali*. Turin, 1871, 3 vol.
- BENOIST (CH). — *La politique*, livre III. Paris, 1894.
- BERNARD. — *De la responsabilité des fonctionnaires publics*. Paris, 1898.
- BESELER. — *System des gemeinen deutschen Strafrechts*, 5^e édit., 1897.
- BECKE (VON DER). — *Von den Staatsämtern und Staatsdienern*. Heilbronn, 1797.
- BERTY. — *Droits et devoirs des fonctionnaires publics en Prusse et en France*. (*Revue critique*, VII, 1840, p. 810).
- BERTHÉLEMY. — *Traité élémentaire de droit administratif*. Paris, 1901.
- BERTHÉLEMY. — *Le pouvoir réglementaire du Président de la République*. (*Revue politique et parlementaire* de janvier-février 1898).
- BERTHÉLEMY. — *Les poursuites contre les fonctionnaires*. (*Revue générale d'administration* de janvier 1898).
- BERTOLINI. — *Delle garanzie della legalità in ordine alla funzione amministrativa*. Rome, 1890.
- BEQUET. — *Répertoire de droit administratif*. V^{is} Droit administratif, Agent de l'autorité publique.
- BEUDANT (R.). — *Le droit individuel et l'Etat*. Paris, 1891.
- BLANCHE. — *Dictionnaire d'administration*, 2^e édit. Paris, 1900. v^o fonctionnaire public.
- BLACKSTONE. — *Commentaries of the law of England*. London, 1803, 4 vol.
- BLOCK. — *Dictionnaire de l'administration française*, 4^e édit. Paris, 1896. V^o fonctionnaire public.

- BLONSKI. — *Der österreichische Civilstaatsdienst*. Vienne, 1882.
- BLUNTSCHLI. — *Théorie générale de l'Etat*. Trad. Riedmatten. Paris, 1881.
- BLUNTSCHLI. — *La Politique*. Trad. Riedmatten. Paris, 1885.
- BODIN. — *Les six livres de la République*. Paris, 1553.
- BÖHMER. — *Doctrina de jure principis circa dimissionem ministorum*. Halle. 1734.
- BÖHLAU. — *Rechtssubject und Personenrolle*, 1871.
- BOLZE. — *Der Begriff der juridischen Personen*, 1879.
- BOISTEL. — *Cours de philosophie du droit*. Paris, 2^e éd. 1899, 2 vol.
- BOISTEL. — *La théorie des Sociétés organiques*. (*Revue générale du droit*, 1899, I).
- BONASI. — *Della responsabilita penale e civile dei ministri e degli altri pubblici ufficiali*. Bologne.
- BONNIN. — *Principes d'administration publique*, 3^e édité. Paris, 1812.
- BORNHAK. — *Allgemeine Staatslehre*. Berlin, 1896.
- BOUCHÉNÉ-LEFER. — *Droit administratif*. Paris, 1831-1840, 4 vol.
- BOUCHÉNÉ LEFER. — *Quel est le véritable objet du droit administratif ? dans la Revue pratique du droit français*. t. XVI, p. 104.
- BOULLAIRE. — *De la liberté individuelle, de l'inviolabilité du domicile et de la responsabilité des fonctionnaires publics*. Paris, 1889.
- BOURGEOIS. — *Le capitulaire de Kiersy-sur-Oise*. Paris, 1885.
- BOUTMY. — *Etudes de droit constitutionnel*, 2^e édité. Paris, 1895.
- BOUTMY. — *Le développement de la constitution et de la société politique en Angleterre*. Paris, 1887.
- BRÉMOND. — *Examen doctrinal de la jurisprudence administrative dans la Revue critique*, 1882, p. 22. 1891, p. 131 ; et 1894, p. 328.
- BRÉMOND. — *Des actes de gouvernement*, dans la *Revue du droit public et de la science politique*, 1896, I, p. 23.
- BRONDI. — *L'atto complesso nelle diritto pubblico*. Torino, 1898.
- BRONDI. — *Le pubbliche amministrazioni e la gestione d'affari*. Torino, 1895.
- BRYCE. — *The Republican commonwealth*, 3^e édité. London, 1895.
- BURGESS. — *Political science and constitutional laws*. Boston, 2^e édité., 1896, 2 vol.
- BUNNECKE. — *Der Reich und Staatsdienst*. Leipzig, 1889.
- BRINZ. — *Pandekten*, 2^e édité, 1886.
- BRUSA. — *Suggetto attivo del reato*. (*Annuario di dottrina di legislazione e di giurisprudenza*). Milan, 1891, p. 196.
- CABANTOUS. — *Droit administratif*, 6^e édité., Paris, 1882.
- CAILLET. — *L'administration en France sous Richelieu*. Paris, 1857.
- CAPITANT. — *Introduction à l'Etude du droit civil*, 1898.

- CAUWÈS. — *Cours d'Economie politique*, 3^e édit. Paris, 1893, 4 vol.
- CHARVERIAT. — *Quelle est la nature juridique de l'engagement du capitaine envers l'armateur?* (*Annales de droit commercial*, 1888, II, *Doctr.* p. 4).
- CHÉNON. — *Théorie catholique de la souveraineté nationale*.
- CHÉRUËL. — *Dictionnaire des Institutions de la France*, 5^e édit., 1880.
- CHÉRUËL. — *Histoire de l'administration monarchique*.
- CIALFI. — *Dei pubblici ufficiali per gli effetti della legge penale*. (*Rivista Penale*, XXXIII, p. 134-151).
- CISOTTI. — *Intorno al significato di « agenti della forza pubblica »*. (*Supplemento della Rivista Penale*, vol. IV, p. 92-99).
- CLAMAGERAN. — *Du louage d'industrie*. Paris, 1856.
- CLÉMENT P. — *De la police sous Louis XIV*. Paris, 1866.
- COLIN. — *Cours élémentaire de droit administratif*. Paris, 1892.
- COGLIOLO. — *Trattato teorico-pratico della amministrazione degli affari altrui*. Firenze, 1890.
- COLMEIRO. — *Derecho administrativo español*. Madrid, 1876, 2 vol.
- COMBOTHECRA. — *L'Etat en tant qu'organisme*. (*Revue du droit public et de la science politique*, 1890, I, 279).
- COMBOTHECRA. — *La conception juridique de l'Etat*. Paris, 1899.
- COMSTOCK. — *Civil service in the United States*. (*From the reports*, 1884-1885).
- COOLEY. — *General principles of constitutionnal law in the United States*.
- CONSEIL (L. P.). — *Mélanges politiques extraits des Mémoires de Thomas Jefferson*, Paris, 1833.
- CONSTANT (BENJAMIN). — *Cours de politique constitutionnelle*. Paris, 1861.
- CORNEMIN. — *Questions de droit administratif*.
- CORNIL. — *Du louage de services*. Paris, 1895.
- COSTAZ. — *Histoire de l'Administration en France*. Paris, 1832, 2 vol.
- COURCELLES-SENEUIL. — *Le contrat de prestation de travail*. (*Compte-rendu des séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, t. XXXII, 1889, p. 37).
- COURCELLES-SENEUIL. — *La société moderne*. Paris, 1892.
- CUQ. — *Les Institutions juridiques des Romains*. Paris, 1891.
- DADÉ. — *De la représentation du mandant par le mandataire*. Paris, 1885.
- DALLOZ. — *Répertoire alphabétique*. V^{is}. *fonctionnaire public, forfaiture*.
- DARESTE (R.). — *La justice administrative*, 2^e édit. Paris, 1899.
- DARESTE (R.). — *Code des pensions civiles*. Paris, 1865.

- DARESTE (J. R.) ET DARESTE (P). — *Les constitutions modernes*. Paris, 1891. 2 vol.
- DARESTE (P.). — *Des contrats passés par l'Etat*. Paris, 1875.
- DARESTE (M. C.). — *Histoire de l'administration en France*. Paris, 1848, 2 vol.
- DELAMARE. — *Traité de la police*, 1719, 4 vol.
- DELEST. — *De la nomination et de la révocation des fonctionnaires*. Paris, 1899 (thèse).
- DEMANGEAT. — *Le louage de services à l'Académie des sciences morales et politiques*. (*Revue pratique*, LV, 1884, p. 556).
- DERNBURG. — *Preussisches Privatrecht*.
- DICEY. — *Introduction to the study of the law of the constitution*. London, 1889, 3^e édit.
- DIDION. — *Du contrat de travail*. Nancy, 1897.
- DITTLINGER. — *De zin der woorder « ambt » en ambtenaar*. Leid, 1885.
- DOMAT. — *L'élection des fonctionnaires publics*, 1878.
- DOMENGET. — *Du mandat, de la commission et de la gestion d'affaires*. Paris, 1870.
- DONNAT. — *Le droit public et administratif*, édit. Héricourt. Paris, 1777.
- DRAMARD. — *Des professions dites libérales et de la nature juridique des prestations de ceux qui les exercent*. (*Revue générale du droit*, 1883-1884).
- DUCROCQ. — *De la personnalité civile de l'Etat d'après les lois civiles et administratives de la France*. Paris, 1894.
- DUCROCQ. — *La personnalité civile en France du Saint-Siège et des autres puissances étrangères*. (*Revue générale du droit*, 1894 p. 97-143).
- DUCROCQ. — *Cours de droit administratif*, 7^e édit. Paris, 1897, 5 vol.
- DUFOUR. — *Traité général de droit administratif appliqué*, 5^e édit. Paris, 1868-1870, 8 vol.
- DUGUIT. — *Des fonctions juridiques de l'Etat moderne*. (*Revue Internationale de sociologie*. Mars, 1894).
- DUPONT-WHITE. — *L'individu et l'Etat*. Paris, 1857, 2^e édit.
- DURKHEIM. — *De la division du travail social*. Paris. 1895.
- EATON. — *Civil service*, (*in Grand Britain*).
- ELVERS ET BENDERS. — (*Allegemeine juristische Zeitung*, 1828, n^o 46, p. 82).
- ESMEIN. — *Etude sur les contrats dans le très ancien droit français*. Paris, 1883.
- ESMEIN. — *Cours élémentaire d'histoire du droit français*. 3^e édit. Paris, 1898.

- ESMEIN. — *Eléments du droit constitutionnel*, 2^e édit. Paris, 1899.
- ESMEIN. — *Nouvelles théories sur les origines féodales*. (*Nouvelle Revue historique du droit français et étranger*, t. XVIII, 1894.)
- ESMEIN. — *Les délégations du pouvoir législatif*. (*Revue politique et parlementaire*. Août, 1894).
- EYBEN (HULDERICUS AB). — *Scripta quæ de jure civili, privato, publico et feudali privatim edidit*. Strasbourg, 1708.
- FAIRLIE. — *State administration in New-York*. (*Politicals science quarterly*. XV, 1.)
- FAUCHET (CL.). — *De l'origine des dignités et magistrats de France*. Paris, 1600.
- FERRAND (J.). — *De la résiliation du louage de services*. Paris, 1897.
- FERRAND. — *Des avantages accordés et des obligations imposées aux agents et fonctionnaires publics de l'Etat*. Paris. 1882.
- FIGIORE. — *De la personnalité civile de l'Etat*.
- FISCHEL. — *La constitution d'Angleterre*. Trad. Paris, 1864.
- FERRIÈRE (DE). — *Traité des fiefs*. Paris, 1680.
- FLACH. — *Origines de l'ancienne France*. Paris, 1886, 2 vol.
- FLEURY (L'ABBÉ). — *Droit public de France*, éd. Daragon. Paris, 1769.
- FROMAGEOT. — *De la faute comme source de responsabilité en droit privé*. Paris, 1891.
- FOUCART. — *Eléments de droit public et administratif*, 3^e édit. Paris, 1843, 3 vol.
- FRANQUEVILLE (DE). — *Le Gouvernement et le Parlement Britannique*. Paris, 1887, 3 vol.
- FUSTEL DE COULANGES. — *Institutions politiques de l'Ancienne France* :
1^o *La Gaule romaine*. Paris, 1891.
2^o *L'invasion germanique et la fin de l'Empire*. Paris, 1891.
3^o *La Monarchie franque*. Paris, 1888.
4^o *L'alleu et le domaine rural*. Paris, 1889.
5^o *Les origines du système féodal, le bénéfice et le patronat*. Paris, 1890.
6^o *Transformation de la royauté pendant l'époque carolingienne*. Paris, 1892.
- GARSONNET. — *Traité de procédure*, 2^e édit. Paris, 1898-1899.
- GARSONNET. — *Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée*. Paris, 1879.
- GAREIS. — *Allgemeines Staatsrecht*. (*Recueil de droit public de Marguardsen* 1^{re} édit., 1884, I. 1).
- GASQUET. — *Précis des institutions politiques et sociales de l'Ancienne France*. Paris, 1885,

- GAUPP. — *Wurtembergisches Staatsrecht*. (Recueil de droit public de Marquardsen, 2^e édit., 1895).
- GAUTIER. — *Examen doctrinal de la jurisprudence administrative*. (Revue critique, 1882, p. 22).
- GAUTIER. — *Précis des matières administratives dans leurs rapports avec le droit public*.
- GERBER. — *Grundzüge des deutschen Staatsrecht*, 3^e édit. Leipzig, 1880.
- GIERKE. — *Die Genossenschaftstheorie*. Berlin, 1887.
- GIRON. — *Droit public belge*. Paris-Bruxelles, 1884.
- GIOANNIS (DE). — *Corso di diritto pubblico, amministrativo*, 1881.
- GALLAND. — *De l'origine des droits seigneuriaux*. Paris, 1637.
- GIRIODI (MASSIMO). — *Pubblici ufficii e la gerarchia amministrativa* (dans l'Orlando, vol. I, p. 224 et s.).
- GEOUFFRE DE LAPRADELLE. — *Théorie et pratique des fondations perpétuelles*. Paris, 1893 (thèse).
- GIORGI. — *Teoria delle obbligazioni*. Florence, 1894-1896, 8 vol.
- GIORGI. — *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*. Florence, 1892, 6 vol.
- GLASSON. — *Histoire du droit et des institutions de la France*. Paris, 1887, 7 vol.
- GLASSON. — *Eléments du droit français*. Paris, 1887-1888, 2 vol.
- GLATARD. — *Du contrat de travail*.
- GINER. — *Théorie de la persona social*. (Rivista general de legislacion, t. 76, 1890).
- GINER. — *Estudios de la persona social*, 1899.
- GONNER. — *Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkte des Rechts und der Nationalökonomie*, Landshut, 1808.
- GOODNOW. — *The executive and the Courts*.
- GOODNOW. — *Comparative administrative law*. New-York et London, 1893, 2 vol.
- GONSE. — *Etude sur le recrutement des fonctionnaires aux Etats-Unis*. (Bulletin de la société de législation comparée, 1869.).
- GONSET. — *De la corruption des fonctionnaires publics*. Neuschâtel, 1897.
- GROTIUS. — *De jure belli ac pacis*. Lausanne, 1751-1752, trad. Barbeyrac, Leide, 1759.
- GUÉRIN (F). — *De la responsabilité des magistrats publics*. Paris, 1883 (thèse).
- GUÉRIN (H). — *De la responsabilité civile des fonctionnaires administratifs*. Grenoble, 1893 (thèse).
- GUIMBAUD. — *L'employé de l'Etat en France*. Caen, 1898.
- GUYOT. — *Traité des droits, fonctions, etc*. Paris, 1786-1788, 4 vol.

- HAELSCHNER. — *System des preussischen Staatsrechts*.
- HALLER. — *Restauration der Staatswissenschaften* Winterthur, 1817.
- HAMILTON. — *Le développement des fonctions de l'Etat dans leur rapport avec le droit constitutionnel*. (*Revue d'Economie politique*. Paris, 1891, V.).
- HARPPRECHT. — *Consilia Tubingensia*, Tubingen, 1695, cons., 95.
- HARPECHT, -- *Responsa juiis criminalia et civilia*. Tubingen, 1701, vol. IV, resp. 93.
- HAURIOU. — *La gestion administrative*. Paris, 1899.
- HAURIOU. — *La science sociale traditionnelle*. Paris, 1896.
- HAURIOU. — *Précis de droit public et administratif*, 3^e édit., 1897.
- HEUVEL (VAN DEN). — *De la situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique*. Bruxelles et Paris, 1884.
- HERTEL. — *Einige Worte uber den Staatsdienst besonders in Hessen*, 1887.
- HOLZENDORFF. — *Encyklopädie der Rechtswissenschaft*, 5^e édit. Leipzig, 1890, article Staatsdienst.
- HOWARD. — *Local constitutional law of the United States*.
- HARSEIM. — *Art. Beante*, dans le *Handwörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts* de Stengel I, p. 136 et *Reichsbeamte*, *ibid.*, II. p. 331.
- IHERING. — *L'esprit du droit romain*, trad. Meulenaere. Paris, 1877-1878.
- IHERING. — *Der Zweck im Recht*. Leipzig. 1884.
- IMPALLOMENI. — *Publici ufficiali e persone legitimamenti incaricate di un pubblico servizio*. (*Supplemento della Rivista Penale*, III, p. 341-343).
- ISAACSOHN. — *Geschichte des preussischen Beamtenthums*, 1874.
- JEANVROT. — *La question du serment*. Paris, 1882.
- JACQUELIN. — *Une conception d'ensemble du droit administratif*. Paris, 1899.
- JELLINEK. — *Staatenverbindungen*. Vienne, 1882.
- JELLINEK. — *System der öffentlichen subjectiven Rechte*. Fribourg, 1892.
- JOURDAN. — *Du rôle de l'Etat dans l'ordre économique*. Paris, 1882.
- KAMMERER. — *La fonction publique d'après la législation allemande*. Paris, 1898 (thèse).
- KANNGIESSER. — *Das Recht der deutschen Reichsbeamten*. Berlin, 1874.
- KRESS. — *Dissertatio juridica de jure officiorum et officialium*. Helmstadt, 1732.
- LACANAL. — *Responsabilité des fonctionnaires publics envers les particuliers*. (*Revue générale d'administration*, 1884, I, p. 32).

- LABAND. — *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*. Tübingen, 3^e édit. 1895.
- LABOULAYE. — *De l'enseignement administratif*. (*Revue critique*, 1848, t. XXXI, p. 385).
- LABOULAYE. — *L'Administration française sous Louis XVI*. (*Revue des cours littéraires*, 3^e année, p. 377-715-737-785).
- LABOULAYE. — *De l'enseignement et du noviciat administratif en Allemagne*. (*Revue de législation et de jurisprudence*, 1843, t. XVIII, p. 508).
- LAFFERRIÈRE. — *Traité de la juridiction administrative*, 2^e édit. Paris, 1896.
- LAGARDE. — *Traité historique des droits du souverain en France et principalement des droits utiles et domaniaux*. Paris, 1767, 2 vol.
- LAINÉ. — *Des personnes morales en droit international privé*. (*Journal de droit international privé*, 1893).
- LALOR. — *Cyclopaedia of Political science*. New-York: 1893. V^o. civil service, sposalsystem, assessment.
- LANDURCI. — *Storia del diritto pubblico*. Padoue, 1896.
- LARNAUDE. — *Cours de droit public général*, professé à la Faculté de droit de Paris, 1894-1895, 1897-1898, 1900-1901.
- LARNAUDE. — *Observations sur la communication de M. Kirkpatrick au meeting de la Société franco-écossaise d'Edimbourg* (*Revue française d'Edimbourg*, 1897, p. 337).
- LARNAUDE. — *Notre programme* (*Revue du droit public et de la Science politique*, 1894, I, 1 et s.).
- LARNAUDE. — *Préface de la traduction française du Droit public de l'Empire Allemand de LABAND*. Paris-Giard, 1900.
- LAROMBIÈRE. — *Traité des obligations*, sous l'a. 1384.
- LE BRET. — *De la souveraineté*, édit. Paris, 1682.
- LEFOURNIER. — *De la responsabilité de l'Etat considéré comme puissance publique à l'égard de tiers*. (*Revue générale d'administration*, 1894, II, p. 257),
- LE FUR. — *Etat fédéral et confédération d'Etats*. Paris, 1896 (thèse).
- LEROY-BEAULIEU. — *L'Etat moderne et ses fonctions*. Paris, 1891.
- LETOURNEAU. — *L'évolution juridique*. Paris, 1891.
- LETOURNEAU. — *L'évolution politique*. Paris, 1890.
- LÖNING. — *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, 1884.
- LÖNING. — *Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seinen Beamten*, 1879.
- LONGO. — *Del servizio pubblico assunto volontariamente dall privato* (*Archivio di diritto pubbl.*, 1895).

- LONGO. — *Le odierne difficoltà de diritto amministrativo*. (Archivio giuridico, XLVIII, p. 490.)
- LONGO. — *La distinction entre le droit administratif et la science de l'administration en Italie*. (Revue du droit public et de la science politique, II, p. 424.)
- LONGO. — *Della consuetudine come fonte del diritto pubblico costituzionale e amministrativo*. Palermo, 1892.
- LOYSEAU. — *Cinq livres du droit des offices*. Châteaudun, 1610.
- LOYSEAU. — *Traité des seigneuries*. Châteaudun, 1608.
- LOUIS-LUCAS. — *Etude sur la vénalité des charges et fonctions publiques*. Paris, 1882, 2 vol. (thèse).
- LUCHAIRE. — *Histoire des institutions monarchiques de la France sous les premiers Capétiens*. Paris, 2^e édit., 1891, 2 vol.
- LUCHAIRE. — *Manuel des Institutions françaises*. Paris, 1892.
- MACAREL. — *Cours d'administration et de droit administratif*. Paris, 1852, 4 vol.
- MACAREL. — *Eléments de droit politique*.
- MAC-KECHNIE. — *The State and the individual*. Glasgow, 1898.
- MADVIG. — *L'Etat romain, sa constitution et son administration*, trad. Morel. Paris, 1882-1889, 5 vol.
- MALACORD. — *De publicis officiis absque justa causa ejusque legali cognitione non auferendis*. Göttingen, 1788.
- MAINE (HENRY-SUMMER). — *Etude sur l'histoire des institutions primitives*. Paris, 1880.
- MANTELLINI. — *Lo Stato e il Codice civile*, Florence.
- MEISTERLIN. — *Die Verhältnisse des Staatsdiener nach rechtlichen Grundsätzen* Cassel, 1838.
- MEYER (O). — *Das Verwaltungsrecht*. (Encyclopädie der Rechtswissenschaft de Holtzendorff).
- MEYER (G). — *Lehrbuch des deutschen Staatrechts*. Leipzig, 4^e édit. 1895.
- MECHEM. — *Law of public offices and officers*. Chicago.
- MERLIN. — *Répertoire. v^o Garantie des fonctionnaires publics*.
- MERRILL. — *Encyclopedia of laws*, 1887-1895, 28 vol.
- MESTRE. — *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*. Paris, 1899 thèse.
- MEUCCI. — *Instituzioni di diritto amministrativo*. Torino, 1892, 1^{re} partie, sect. II, chap. V.
- MEUCCI. — *Della responsabilità indiretta delle amministrazioni giuridiche*. (Archivio Giuridico, t. XXI, p. 341).
- MICELI. — *Le garantigie dei funzionari pubblici*. Catane, 1897.
- MICHEL (HENRY). — *L'idée de l'Etat*. Paris, 1896.

- MICHOUD. — *La notion de la personnalité morale.* (*Revue du droit public et de la science politique*, Janvier-février 1899).
- MICHOUD. — *De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents.* (*Revue du droit public et de la science politique*, 1895, I, p. 401, 1895, II, p. 1 et p. 251).
- MICHOUD. — *De la capacité en France des personnes morales étrangères et particulièrement du Saint-Siège.* (*Revue du droit international public*, Juin, 1894, p. 193-221).
- MICHOUD. — *De la gestion d'affaires appliquée aux services publics.* (*Revue générale d'administration*, 1894, II, p. 5 et 146).
- MISPOULET. — *Les institutions politiques des Romains.* Paris, 1882-1883, 2 vol.
- MOMMSEN. — *Le droit public Romain*, trad. Girard. Paris, 1887-1892, 5 vol. 1^{re} partie : *La Magistrature*.
- MONGIN. — *Etude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité.* (*Revue critique*, 1890, p. 697).
- MOSCHINI. — *Agenti della forza pubblica e persone legittimamente incaricate di un pubblico servizio*, [*in Supplemento della Rivista penale* vol. IV, p. 218 et s.]
- MYLER AB EHRENBACH. — *Hyparchologia seu de officialibus, magistratibus et administris liber singularis.* Stuttgart, 1678.
- NERINX. — *Recrutement de la magistrature aux Etats-Unis.* (*Revue de droit international public*, 1898, p. 220-242).
- NEUMANN. — *Meditationes juris principum.* Francfort, 1751, livre II, titre II.
- ORLANDO. — *Principii di diritto amministrativo.*
- ORLANDO. — *Du fondement juridique de la représentation politique.* (*Revue du droit public et de la science politique*, 1895, I, 4).
- ORLANDO. — *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, vol. I.
- PACINOTTI. — *Contributo alla determinazione giuridico del rapporto d'impiego nel diritto amministrativo.* (*Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, Vol. XXIX, mai 1900, p. 67).
- PASQUIER (ET.). — *Recherches de la France.* Paris, 1611.
- PENANCIER. — *Des projets de réforme en matière de pensions civiles.* Paris, 1897.
- PERREAU. — *De la responsabilité des fonctionnaires.* Bordeaux, 1894, (thèse).
- PERELS ET SPILLING. — *Das Reichsbeamtengesetz erläutert.* Berlin, 1890.
- PERRIQUET. — *Traité théorique et pratique de la propriété et de la transmission des offices ministériels.*
- PERRIQUET. — *Contrats de l'Etat*, 2^e édit, Paris, 1890.

- PERRIQUET. — *Etat des fonctionnaires et pensions civiles*. Paris, 1886.
- PERROT. — *Essai sur le droit public d'Athènes*. Paris, 1689.
- PERSICO. — *La rappresentanze politiche e amministrative*. Napoli, 1885.
- PERTHES. — *Der staatsdienst in Preussen*. Hambourg, 1838.
- PFEIFER. — *Die Lehre der juristischen Personen*. Tubingen, 1843.
- PICARD. — *Le droit*. Bruxelles, 1890.
- POZC. — Article Staatsdiener du *Deutsches Staatswörterbuch* de BLUNT-SCHLI ET BRATERS, 1857-1870, t. IX, p. 686.
- PIEPER. — *Reichsbeamten-gesetz*. Berlin, 1896, p. 4.
- PLATT. — *State, Sovereignty, Government*. (*Political science quarterly*, 1895, p. 292-323).
- POSADA. — *Tratado de derecho administrativo*. Madrid, 1897-1898, 2 vol.
- POSADA. — *La fonction administrative de l'Etat*, dans la *Revue du droit public et de la science politique*, 1896, I. 289.
- PRADIER-FODÉRÉ. — *Droit administratif*, 7^e édit., Paris, 1872.
- PRESUTTI. — *Lo stato parlamentare ed i suoi impiegati amministrativi*. Napoli, 1899.
- PUFFENDORF. — *De jure naturæ et gentium*, trad. Barbeyrac. Basle, 1771.
- RANELETTI. — *Facolta create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*. (*Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, 1897, p. 178 et s.).
- ROBOISSON. — *Du pouvoir, ses origines, ses limites, ses formes*, 1874.
- RHEM. — *Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht*. (*Annalen des deutschen Reiches*. Munich, 1884, p. 567-687, 1885, p. 65-213. A la bibliothèque de la Faculté de Paris, *Université de Munich*, thèses, n° 45.313).
- REMY. — *La responsabilité civile de l'Etat. La Belgique judiciaire*, 1895, p. 1.410-1.459.)
- RENOUARD. — *Sur le contrat de prestation de travail*. (*Journal des Economistes*, 1854, t. 38-39.)
- RINALDI. — *Di primi feudi nell'Italia meridionale*. Napoli, 1886.
- RIVIÈRE. — *Pandectes Françaises*. V^o Agent de l'autorité publique et Fonctionnaire public.
- ROBERT. — *Responsabilité pénale et civile des fonctionnaires*, Paris, 1877 (thèse).
- ROCHE FLAVIN (LA). — *Treize livres des Parlements*. Bordeaux, 1617.
- ROMANO. — *Nozione e classificazione dei diritti pubblici subiettivi*. (*Archivio di diritto pubblico*, 1896, p. 432 et s.).
- RÖNNE. — *Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 4^e édit. Berlin, 1883.

- ROSIN. — *Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung*. [*Annalen des deutschen, Reiches*, 1884, p. 265-322.
- ROTTECK ET WELKER. — *Staatslexikon* : article *Staatsdienst*, t. XIII, p. 573.
- ROUSSEAU. — *Contrat social*, ed. Dreyfus-Brissac. Paris, 1896, liv. II, ch. IV.
- RUNDE. — *Zusätze zur Abhandlung über die Abhankung der Dinerschaft* dans le *Staatsanzeiger* de Schlözer. Göttingen, 1785, vol. VIII, livraison 29.
- RÖNNEBERG. — *Über die Dienstentlassung*. Berlin, 1799.
- SAINT-GIRONS. — *Etude sur la séparation des pouvoirs*, Paris, 1881.
- SALEILLES. — *Théorie générale de l'obligation d'après le Code civil allemand*. Paris, 1890.
- SANLAVILLE. — *De la responsabilité de l'Etat en matière de postes et télégraphes*. (*Revue générale d'administration*, 1883, II, III ; 1886, I, II, III).
- SANTA-MARIA. — *Curso de derecho administrativo segun los principios generales y la legislación actual de Espana*, 1894.
- SANTI (ROMANO). — *Teoria dei diritti pubblici subbieltivi*. Milan, 1897.
- SANTI (ROMANO). — *Nozione e la natura degli organi costituzionali dello Stato*. Palerme, 1898.
- SAVIGNY. — *Traité de droit romain*, trad. Guenoux, t. II.
- SARWEY. — *Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege*. Tübingen. 1880.
- SAUZET. — *Etude sur la capacité d'acquérir à titre gratuit des personnes civiles*. Paris, 1877 (thèse).
- SAUZET. — *Le nouvel article 1780 du Code civil*. (*Annales de droit commercial*, 1891).
- SAUZET. — *De la nature de la personnalité civile des syndicats professionnels*. (*Revue critique*, 1888).
- SCIACCA. — *Studii di diritto publico*. Napoli, 1885.
- SCHULTE (FRÉDÉRIC DE). — *Histoire du droit et des institutions de l'Allemagne*, 5^e édit. trad. Fournier, 1883.
- SEBIRE ET CARTERET. — *Nouvelle Encyclopédie du droit*. Paris, 1836-1846, 7 vol.
- SENTUPERY. — *Manuel pratique d'administration*. Paris, 1887.
- SENTUPERY. — *L'Europe politique*. Paris, 1894-1895, 3 vol.
- SERRIGNY. — *Questions et traité de droit administratif*. Paris, 1854.
- SCHAFFHAUSER. — *Commentaire de la loi du 27 novembre 1890*, dans les *Lois nouvelles*, 1891.
- SCHENK. — *Ueber die rechtsverhältnisse der Staatsdiener (Allgemeine Polizei und Justizpflege* de Hartleben, 1815. p. 34-43).

- SEUFFERT. — *Von dem Verhältnisse des Staats und der Diener des Staates gegeneinander im rechtlichen und politischen Verstande*. Wurzburg, 1793.
- SOKOLSKI. — *Rouskoé' gosoudarstvennæ právo*. (Droit public Russe). Odessa, 1890.
- SCHULZE. — *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*. Leipzig, 1881.
- SCHULZE. — *Preussisches Staatsrecht*, 2^e édit., Leipzig, 1888.
- SCHMOLLER. — *Le fonctionnaire d'Etat du 16^e au 18^e siècle*.
- SCHUPFER. — *Dell'amministrazione potitica nell'epoca carolingia*. (Compte rendu de la R. Académia dei Lincei. 1881).
- SEYDEL. — *Baierisches Staatsrecht*, 2^e édit. Munich, 1896.
- SIMONNET. — *Traité élémentaire de droit public et administratif*, 3^e édit., 1897.
- SOLER Y CASTELLO. — *Derecho administrativo espanol*. Madrid, 1886.
- SOURDAT. — *Traité de la responsabilité*, 4^e édit. Paris, 1887.
- SPENCER. — *Principes de sociologie*, t. III, trad. Cazelles. Paris, 1878-1887.
- SPENCER. — *L'individu contre l'Etat*, trad. Gerschel. Paris, 1885.
- STEIN. — *Verwaltungslehre*. Stuttgart, 1888, 3^e éd.
- STENGEL. — *Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, voc. *Amt, Beamte, Behörde*.
- STEPHEN. — *Commentaries on the law of England*, 11^e édit. London, 1890.
- STORY. — *Commentaries on the constitution of the United States*, liv. III, 6^e édit. Boston, 1865.
- STRUBEN. — *Rechtliche Bedenken*, 3^e édit. Hanovre 1827.
- TARDE. — *Les transformations du Droit*. Paris, 1893.
- TEDESCHI. — *Dei corpi morali secundo i principii della legge civile italiana*, 1877.
- THALLER. — *Chronique de législation*. (Annales de droit commercial, 1886, p. 113).
- THÉVENOT. — *De la situation des fonctionnaires subalternes en France*. Troyes, 1881,
- TISSOT. — *Principes du droit public*. Paris, 1872
- TOCQUEVILLE (DE). — *La démocratie en Amérique*, 16^e édit., Paris, 1874.
- TROLLEY. — *Droit administratif*. Paris, 1344-1847, 4 vol.
- TURGEON. — *Une définition de l'Etat et de sa souveraineté*. (Revue du droit public. Janvier-février 1899).
- TWESTEN. — *Der preussische Beamtenstaat*, dans les *Preussische Jahrbücher*, vol. 18, 1866, p. 1-39-109-148.
- UGO. — *I diritti ei doveri dei pubblici ufficiali*

- UNGER. — *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, t. I, 1856.
- UNGER. — *Kritische Uberschau*, VI.
- VAILLANT. — *De la source du fief et que coulée du droit divin elle s'est éparse par toutes nations*. Paris, 1604.
- VACCHELLI. — *La Scienza della amministrazione*. (Archivio giuridico, LII, p. 33).
- VACCHELLI. — *Le responsabilita della publica amministrazione ed il diritto comune*. Milano, 1892.
- VALERY. — *Des caractères distinctifs du mandat dans le Code civil*. Aix, 1898.
- VAREILLES-SOMMIÈRES. — *Les principes fondamentaux du droit*. Paris, 1889.
- VAUTHIER. — *Etude sur les personnes morales dans le droit romain et français*. Bruxelles, 1887.
- VIGLIAROLO. — *Le persone giuridiche considerate in rapporto alla Filosofia del Diritto*, 1880.
- VILLEY. — *Du rôle de l'Etat dans l'ordre économique*. Paris, 1882.
- VIOLLET. — *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, 1899.
- VIVIEN. — *Etudes administratives*, 3^e édit., 1859, 2 vol.
- VIVIEN. — *Communication sur les procédés et les formes de l'administration*. (Revue de législation, t. XLIII, p. 22 et Compte rendu des travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, t. XXI, p. 461).
- WELKER. — *Staatsdienst*, dans le *Staatslexikon* de ROTTECT et WELKER, 3^e édit. Leipzig, 1865, t. XIII, p. 576.
- WESTPHAL. — *Deutsches Staatsrecht*, 1784.
- WILLEMS. — *Le droit public romain*, 6^e édit., Paris, 1888.
- WILLOUGHBY. — *An examination of the nature of the State*. Londres, 1896.
- WINTERSPERGER. — *Der Staatsdienst in Oesterreich*. Vienne, 1883.
- WOLFF. — *Institutiones juris naturæ et gentium*. Halle, 1750.
- WOODROW WILSON. — *The State*. Boston, 1895.
- YOUNG. — *Der Staatsdienst in Deutschland, der Schweiz und den Vereinigten Staaten als Bundes-Staaten*. Halle, 1896.
- ZACCHARIA (H. A.) — *Deutsches Staats- und Bundesrecht*, 3^e édit., Göttingen, 1867.
- ZEDLITZ-NEUKIRCH. — *Das Gesetz über die Rechtsverhältnisse den Reichsbeamten*. Berlin, 1874, 2 vol.
- ZITELMANN. — *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*.
- ZORN. — *Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 2^e édit., 1895.

INTRODUCTION

CHAPITRE PREMIER

LA FONCTION PUBLIQUE ET LE FONCTIONNAIRE PUBLIC

§ 1^{er}. — *La fonction publique.*

Le mot « fonction » désigne d'une façon générale et objective, un ensemble d'actes que l'on doit faire pour s'acquitter (*fungi*) d'une obligation qui vous est imposée. Elle est « publique » quand elle a lieu dans l'intérêt d'un établissement public : ainsi le paiement de l'impôt, la construction d'un pont sont en ce sens des fonctions publiques.

Mais on emploie scientifiquement l'expression « fonction publique » dans un sens plus restreint qui exclut les obligations légales générales comme le paiement de l'impôt ou le service militaire, les entreprises particulières et temporaires telles que la construction d'un pont ; on en use dans un sens subjectif, en envisageant les individus, parties à ces actes. La fonction publique est le rapport qui s'établit volontairement, d'une façon générale et permanente

entre un établissement public et un citoyen qui s'engage à faire des actes pour satisfaire aux besoins de cet établissement.

Etudier la nature juridique de la fonction publique c'est donc rechercher le caractère du rapport qui unit le fonctionnaire à l'Etat, au département, à la commune.

On a nié l'existence d'un rapport direct entre le fonctionnaire et l'établissement public, en faisant de la fonction elle-même une entité sinon réelle du moins juridique, qui entre en rapport d'une part avec le fonctionnaire, d'autre part avec l'Etat.

Dans un traité en cours de publication (1), M. Massimo Giriodi considère la fonction publique « comme une *personnification abstraite* qui serait le *sujet* permanent des fonctions et des facultés à elle assignées par la loi, par opposition au fonctionnaire qui en est le titulaire ».

« Au regard des citoyens privés, ajoute l'auteur (2) toute fonction publique se présente comme un *être* investi de pouvoirs déterminés ». Il compare le rapport entre la fonction publique et l'Etat avec « celui qui existe entre les caisses publiques particulières et le Trésor public national : de même que par raison d'opportunité administrative et de comptabilité les caisses particulières sont considérées comme indépendantes et autonomes....., de même tout office public particulier peut-être considéré dans les rapports administratifs comme un *être* existant par lui-même qui *représente* et *personnifie* cet ensemble d'attributions et de pouvoirs ».

1. *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1899, publié sous la direction de M. le professeur Orlando, vol. I, p. 224 et s. : I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa.

2. *l. c.*, p. 224-225.

En Allemagne Sarwey (1) et G. Meyer (2) ont également présenté la fonction publique comme ayant une individualité propre et M. Hauriou en France lui accorde une existence indépendante de celle du fonctionnaire (3).

On ne va pas cependant jusqu'à donner à la fonction publique une personnalité identique à celle du droit commun et M. Giriodi avoue qu'il ne raisonne que par analogie sans affirmer que l'office public revête le caractère d'une personne juridique ordinaire (4).

En effet le propre de la personnalité juridique est de conférer la qualité de sujet de droit. Le type des droits est assurément celui de propriété ou celui d'estimer en justice. Or la fonction publique n'a jamais rien possédé en son nom propre et la propriété des immeubles qui lui sont fréquemment affectés appartient à l'établissement public qui a conféré la fonction. De même quand une action en justice est intentée par un fonctionnaire, en cette qualité, elle l'est toujours au nom de l'administration à laquelle il appartient et dont il est l'organe ; la condamnation profite directement à l'établissement public ou le frappe sans intermédiaire.

La fonction publique n'a donc pas une personnalité propre : elle n'est pas un sujet intermédiaire entre la personne administrative et le fonctionnaire, le rapport de fonction publique s'établit directement entre ces deux personnes juridiques. Etudier la nature juridique de la fonction publique, c'est donc bien chercher le caractère du

1. Dans le *Handbuch* de Marquardsen, tome I, 2^e partie, p. 95 : das Amt die Behörde und die Kompetenz.

2. In Schönberg pol. Œk., 2^e vol. p. 484 : die Behörden-Organisation.

3. Note dans S., 92. 3. 17 et *Précis* p. 335-336 et 687.

4. *op. c.*, p. 225.

lien qui unit la personne administrative et le fonctionnaire (1).

§ 2. — *Le fonctionnaire.*

Dire que la fonction publique est le lien juridique qui unit le fonctionnaire à l'Etat, au département, à la commune n'est pas en donner une définition précise, car il faut savoir quelles sont les personnes qui ont la qualité de fonctionnaires.

On a en vain cherché le caractère distinctif du fonctionnaire ; aucun auteur ne peut se flatter d'y avoir réussi. La raison en est simple : c'est que l'expression n'a pas un sens absolu ; tel qui peut être puni de forfaiture comme fonctionnaire d'après le Code pénal peut ne pas avoir les garanties accordées aux fonctionnaires contre la diffamation par la loi sur la presse de 1881 (2). Aussi à chaque étude sur la fonction publique, correspond une définition spéciale à la catégorie d'employés publics qu'on veut envisager.

Nous devons donc chercher une définition qui s'applique

1. Nous verrons que certains auteurs ont considéré la fonction publique sinon comme un « être juridique » du moins comme une « chose » objet du droit du fonctionnaire. Même en admettant cette théorie, les sujets de la relation de fonction publique demeurent toujours la personne administrative et le fonctionnaire, car un droit réel peut toujours s'analyser en un lien personnel. Ainsi M. Planiol définit le droit réel « un rapport juridique établi entre une personne comme sujet actif et toutes les autres comme sujets passifs » (*Traité de droit civil*, Paris, 1900, tome I, n° 763). L'étude de la fonction publique est donc bien l'étude d'un lien personnel.

2. BLOCK : *Dictionnaire de l'administration française* : V° *fonctionnaire public*, nos 1 et 5 ; BLANCHE : *Dictionnaire général d'administration*, p. 1150. Voulant donner une définition générale la Cour de Cassation a abouti à des contradictions : Ex. : Cass., 30 octobre 1886. S., 86. 1. 493 ; 29 mai 1886. D., 87. 1. 233.

à tous ceux qui entrant dans un rapport juridique avec l'Etat font partie de la hiérarchie administrative et ne s'applique qu'à ceux-là.

1^{er} CRITERIUM : *La fonction*. — On a dit : est fonctionnaire celui qui exerce une fonction publique (1).

Remarquons d'abord que c'est définir un mot dérivé par le mot dont il dérive.

De plus ce n'est que reculer la difficulté car nous ne savons pas précisément quand il y a fonction publique ; si on la définit la situation du fonctionnaire, on tourne dans un cercle vicieux.

Enfin il est des fonctions publiques, même au sens étroit du mot, et des plus importantes, qui ne sont pas remplies par des fonctionnaires : il en est ainsi de la justice rendue par les jurés. Inversement des fonctionnaires peuvent accidentellement être sans fonction en cas de congé ou de mise en disponibilité et cependant ils conservent les droits et devoirs attachés à la qualité de fonctionnaire.

Les deux notions de fonction et de fonctionnaire ne sont donc pas corrélatives (2).

On a essayé de compléter la définition critiquée en disant « est fonctionnaire celui qui exerce une fonction d'une manière permanente » (3), ce qui exclut les entrepreneurs,

1. Cass. Cr., rejet, 30 octobre 1886 ; Cf. KRESS : *op. cit.*, chap. 1, p. 1 « officialis sine dubio dicitur ab officio » ; RHEM : *op. c.* par. 33, p. 135 et les auteurs cités.

2. BLANCHE : *Dict. d'administration*, p. 1150 ; LABAND : *Staatsrecht des deutschen Reiches*, 3^e édit., 1895, I p. 383.

3. GERBER : *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, 3^e édit., 1880, p. 113 ; G. MEYER : *Deutsches Staatsrecht*, 4^e édit., 1895, p. 437 ; ZORN : *Staatsrecht des deutschen Reiches*, 2^e édit., 1895, I, p. 296 ; *Contra* : LÖNING : *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, p. 115.

les jurés, etc. C'est là un caractère général, mais non absolu, du fonctionnaire. Il y a des fonctions à durée déterminée comme celles des sous-officiers rengagés, des auditeurs de seconde classe au conseil d'Etat et d'autres essentiellement temporaires comme celles des employés auxiliaires de beaucoup d'administrations (1).

On a dit encore pour rectifier cette définition erronée que la qualité de fonctionnaire appartenait à celui « qui détient une fonction dont il fait son occupation exclusive ».

Mais il y a des agents qui n'exercent leur fonction qu'accessoirement à une profession objet principal de leurs occupations : on cite en France les titulaires des bureaux de postes auxiliaires, les receveurs de la régie des contributions indirectes et là loi allemande sur les fonctionnaires prévoit expressément ce cas (2).

2^e CRITERIUM : *La nature de la prestation.* — Certains auteurs n'accordent la qualité de fonctionnaires qu'aux citoyens qui font pour l'Etat des travaux intellectuels « si le travail d'esprit vient à manquer, dit Bluntschli, si leur travail devient purement mécanique, on les appellerait mieux des valets de l'Etat (*staatsbediente*) : tels sont les laquais, les portiers, les huissiers, les gendarmes » (3).

1. *Sic* : LABAND : *op. c.* : I, p. 387 et s. ; SEYDEL : *op. c.*, II, p. 282. Des arrêtés du Ministre des Travaux Publics du 18 novembre 1898 et du 16 mars 1899, donnent à ces auxiliaires la qualité de fonctionnaires publics.

2. Loi du 31 mars 1873, a. 38 (KAMMERER : *La fonction publique en Allemagne*, p. 406).

3. BLUNTSCHLI : *Théorie générale de l'Etat*, trad. Riedmatten, 1877, p. 453 et s. ; MASSIMO GIRIODI : *op. c.* I, p. 234. La loi Badoise du 24 juillet 1888 (*Ann. lég. étrang.*, p. 367) est en ce sens : « Les personnes chargées de certains services publics en vertu d'un con-

Ce criterium n'est pas juridique. Les produits du travail intellectuel, les œuvres littéraires et artistiques font en droit l'objet des mêmes actes juridiques que ceux du travail manuel.

Il serait d'ailleurs impossible d'établir une distinction sur cette base, car généralement les travaux manuels et intellectuels se mêlent et on ne sait où commence l'un, où finit l'autre (1).

3^e CRITERIUM : *Le traitement*. — Le fait de toucher un traitement ou d'avoir droit à une pension de retraite payée sur le budget de l'Etat donne, dit-on, le titre de fonctionnaire (2).

Ce n'est là encore qu'une règle qui subit de nombreuses dérogations : les juges suppléants, les auditeurs de seconde classe au conseil d'Etat durant leur première année ne touchent aucune rémunération et cependant ils sont bien des fonctionnaires.

4^e CRITERIUM : *La nomination* par les pouvoirs publics ne suffit pas davantage pour faire d'un particulier un fonctionnaire public. Des textes législatifs l'ont cependant admis. La loi wurtembergeoise du 30 juin 1876 déclare dans son art. 1^{er} : « Est fonctionnaire toute personne qui est nommée par le roi ou par une autorité administrative cen-

trat de louage de services ne sont pas comprises dans la catégorie des fonctionnaires », art. 1, al. 2, section I.

1. Voir plus loin : II^e partie, chapitre II, *Théorie générale des fonctions de gestion*.

2. H. SCHULZE : *Deutsches Staatsrecht*, I, § 328, p. 317, note 2. Dans la discussion de la loi sur les accidents du travail, le ministre voulant se défendre de créer de nouveaux fonctionnaires a adopté cette théorie : « Les commissaires-contrôleurs ne seront pas fonctionnaires car la loi de 1853 sur les retraites ne leur sera pas applicable » (*Le Temps* du 30 juin 1899).

trale ». Dans la loi badoise du 24 juillet 1888 (art. 1, section I) « est considérée comme fonctionnaire toute personne employée dans un service de l'État en vertu d'une décision émanant du souverain ou d'une autorité à laquelle le souverain a délégué le pouvoir de conférer la qualité de fonctionnaire » (1).

Mais d'une part il y a des fonctionnaires élus qui ne tiennent pas leur qualité du pouvoir exécutif, par exemple les maires, les juges du tribunal de commerce. En France la loi du 16 août 1790 (2) a même posé le principe de l'élection directe de tous les fonctionnaires ; en Suisse et aux États-Unis ce principe a reçu une assez large application.

D'autre part des citoyens peuvent être nommés par les pouvoirs publics pour remplir une fonction sans acquérir pour cela la qualité de fonctionnaire. Ainsi les médecins-experts, certains gardes-port, commis par l'autorité publique ne font pas partie de la hiérarchie administrative.

5° CRITÉRIUM : *L'exercice de la puissance publique*. — Cette théorie compte beaucoup de partisans en France et en Allemagne : seraient fonctionnaires publics tous ceux qui ont le droit de disposer de la puissance publique. « Il n'y a, pour Bluntschli (3), de fonction publique qu'en vertu d'une mission spéciale de puissance publique et de serviteurs de

1. *Annuaire de législation étrangère*, 1888, p. 367.

2. Titre II, a. 3 et 4.

3. BLUNTSCHLI : *Théorie générale de l'Etat*, trad. Riedmatten, 1877, p. 451. Cf. : MAURENBRECHER : *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrecht*, 2^e édit., 1847, § 159 ; ZORN : *Staatsrecht des deutschen Reiches*, 2^e édit., 1895, I, p. 294 ; GERBER : *Grundzüge des deutschen Staatsrecht*, 3^e édit., Leipzig, 1880, p. 114 ; H. A. ZACCHARIÆ : *Deutsches Staats- und Bundesrecht*, 3^e édit., Göttingen, 1867, II, p. 18-19.

l'Etat (*staatsdiener*) que ceux qui l'ont reçue ». Bonnin (1) déclare que « l'administrateur est seul fonctionnaire public parce qu'il a l'exécution directe des lois et qu'il exerce une *autorité*, deux conditions essentielles qui font le fonctionnaire public ». C'est également la théorie de l'administration (2) et souvent de la jurisprudence (3).

Mais c'est restreindre singulièrement la catégorie des fonctionnaires ; c'est exclure de la hiérarchie administrative tous ceux qui ne mettent au service de l'Etat que leurs connaissances techniques : ingénieurs, professeurs, bibliothécaires, employés des bureaux. Pour ne pas les laisser en dehors de la catégorie des fonctionnaires, on prétend qu'ils ont une parcelle de l'autorité publique sous la forme de droits disciplinaires sur leurs administrés, leurs élèves, leurs inférieurs (4). Ces droits ne participent en rien à la puissance publique ; ils ne sont pas différents de ceux qui s'exercent dans une grande administration privée, et même souvent les fonctionnaires seuls ne peuvent pas mettre en mouvement les actions qui les sanctionnent. Il n'y a donc pas là de puissance publique et, si l'on veut accorder à tous les agents des services techniques la qualité de fonctionnaires, il faut abandonner le criterium de la puissance

1. *Principes d'administration publique*, Paris, 1812, 2^e édition, tome I, p. 150. Cf. : BLOCK : *Dictionnaire général d'administration*, v^o Fonctionnaire ; DALLOZ : *Rép. alph.* : v^o forfaiture, n^o 112 ; PANDECTES FRANÇAISES : v^o agent de l'autorité ; HAURIOU : *Précis de droit public et administratif*, p. 684 ; AUGOC : *Conférences*, tome I, n^o 114 et s., etc.

2. Observations du Ministre de l'intérieur dans l'affaire Cadot : Conflits : 12 janvier 1883, Lebon, p. 29.

3. Conclusions du commissaire du Gouvernement dans l'affaire Guidet : Conflits, 27 décembre 1879, S., 81. 3. 37.

4. HAURIOU dans BEQUET, v^o *droit administratif* ; LABAND : *op. c.*, I, p. 417.

publique comme caractère distinctif des fonctionnaires (1).

Aucun des criterium qu'on a ainsi proposés ne s'applique à tous les fonctionnaires et tous laissent en dehors de leur cadre des agents des services publics : il n'y a donc pas de signe caractéristique du fonctionnaire.

C'est qu'en effet, comme nous l'avons annoncé, il n'y a rien d'absolu dans cette qualité : tel est fonctionnaire au point de vue pénal et peut être puni de forfaiture, qui ne l'est plus au point de vue de la loi électorale ou de la loi sur la presse (2). Cela est si vrai qu'on ne peut donner une définition générale et absolue du fonctionnaire que les lois qui ont tenté de le caractériser ont eu soin d'énumérer les individus auxquels se limitera l'application des dispositions qu'elles édictent et de spécifier que ces citoyens ne sont fonctionnaires que « dans l'esprit de cette loi » (3).

Il faut donc pour chaque étude que l'on fait sur la fonc-

1. Sic M. BERTHELEMY : *Droit administratif*, p. 53 ; LOUIS-LUCAS : *Etude sur la vénalité des charges et fonctions publiques*, Paris, 1882 ; LABAND : *op. c.* I, p. 388-389 ; G. MEYER : *Deutsches Staatsrecht*, 4^e édition, 1895, p. 437 ; H. SCHULZE : *Preussisches Staatsrecht*, 1888, Leipzig, 2^e édit., I, § 98, p. 307 ; STENGEL : *Preussisches Staatsrecht* dans le recueil de Marquardsen, 2^e édit. 1894, p. 139 ; SEYDEL : *Baierisches Staatsrecht*, 2^e édit. Munich, 1896, II, 190 ; WIELANDT : *Staatsrecht des Grossherzogthums Baden* dans le recueil de Marquardsen, 2^e édit. 1895, p. 119.

2. Ainsi le directeur d'un hôpital est au point de vue administratif incontestablement un fonctionnaire, de même le médecin des enfants assistés ; cependant l'art. 31 de la loi du 29 juillet 1881 ne s'applique ni au directeur d'un hôpital (Cass., 29 décembre 1898, S., 99. 1. 301), ni au médecin des enfants assistés (Cass., 24 mai 1898, S., 98. 1. 410).

3. Cette expression se trouve particulièrement dans la loi allemande du 31 mars 1873, a. 1^{er} (KAMMEKER, *op. c.* p. 394), le Code pénal allemand, a. 359, la loi fédérale du 2 juin 1869, la loi wurtembergeoise du 30 juin 1876, a. 1^{er}.

tion publique dresser une catégorie spéciale des fonctionnaires qui en seront l'objet.

Notre étude ne touchera pas au droit pénal ou électoral ; elle sera de droit public administratif. Elle doit s'étendre à tous ceux qui font normalement partie de la hiérarchie administrative et que la loi qualifie d'agents, d'employés, de fonctionnaires. Notre définition doit donc être assez large pour comprendre tous ceux qui font des actes d'autorité ou gèrent des intérêts, ceux qui sont dans les échelons inférieurs comme ceux qui occupent les degrés supérieurs de la hiérarchie administrative, ceux qui offrent à l'Etat le fruit de leur intelligence ou le travail de leurs bras, mais cependant assez étroite pour exclure ceux qui ne rendent ces services que contraints par la loi comme les soldats ou d'une façon accidentelle et temporaire comme les entrepreneurs.

Nous considérerons donc comme fonctionnaire « tout citoyen qui, sous une dénomination quelconque (1), reçoit librement de la loi le pouvoir qu'il exerce d'une façon permanente de faire des actes d'autorité publique ou de concourir (2), dans une sphère plus ou moins élevée, par des

1. Cass., 30 octobre 1886, D., 87. 1. 507.

2. Ainsi nous considérons comme fonctionnaires les préfets, sous-préfets, secrétaires-généraux, commissaires de police [Cass., 30 juillet 1812 — 13 juin 1828, D., 28. 1. 278 — 9 mars 1837, S., 37. 1. 314 — 2 mars 1838, S., 38. 1. 359], les agents de police [Cass., 9 mars 1833 — 17 décembre 1841, S., 42. 1. 133] même municipaux [Cass., 23 juin 1892, D., 93. 1. 297], les agents diplomatiques, les membres des juridictions administratives, les magistrats de l'ordre judiciaire, les maires [Seine, 28 février 1895, *Gaz. Tribunaux*, 1^{er} mars 1895] ; aussi bien les professeurs de l'enseignement supérieur [Paris, 8 mars 1856, D., 56. 2. 148. Cass., 31 mai 1856, D., 56. 1. 311] et secondaire, les instituteurs [Caen, 10 mars 1886, *Le Droit*, 2 avril 1886], les trésoriers payeurs généraux, receveurs des finances, percepteurs [Cass., 14 vendémiaire an VIII, D. A. 8. 337,

services manuels ou intellectuels, à la gestion des intérêts collectifs d'une personne administrative.

Cass. 22 vendémiaire an VIII, PAND. CHR. ; et 5 brumaire an IX. PAND. CHR.] les préposés des douanes (Cass., 24 janv. 1822, D. A. 2. 99) ; des contributions indirectes (Bordeaux, 4 août 1853 ; D., 53. 2. 218) ; les ingénieurs, conducteurs, commis et cantonniers des Ponts-et-Chaussées [Cass., 21 avril 1837, D., 37. 1. 515 ; Cass., 28 juillet 1859, D., 59. 1. 513] ; les médecins-inspecteurs des enfants du premier âge [Cass. 8 juin 1888, D., 88. 1. 493 ; Grenoble, 26 juillet 1888 — *contra* : Lyon, 9 février 1888, *Monit. jud.* Lyon du 19 mai 1888] ; les secrétaires de mairie [*contra* Alais, 14 août 1878, D., 79. 2. 162 ; Conflits, 14 juin 1879, LEBON, p. 503 ; Le Mans, 22 avril 1890, PANDECT. FR., 1890. 2. 125 ; Angers, 25 novembre 1891, *Gaz. Palais*, 1891. 2. 629] ; les architectes et ingénieurs-voyers des communes [Conflits, 27 décembre 79. S., 81. 3. 36] ; les inspecteurs des eaux thermales [Cass., 19 mai 1860, S., 60. 1. 827], etc., mais non : les fondés de pouvoir des trésoriers-payeurs généraux ou des receveurs de finances parce qu'ils ne reçoivent pas leur pouvoir de la loi [Cass., 21 mai 1878, D., 79. 1. 200 ; Chambéry, 11 mars 1896, D., 97. 2. 441] et en général tous les préposés des fonctionnaires, les officiers ministériels, les agents de syndicats remplissant cependant une fonction publique ; les adjudicaires des services publics, etc.

CHAPITRE II

DÉVELOPPEMENT DE LA FONCTION PUBLIQUE

§ 1^{er}. — *L'Etat.*

L'homme est un animal politique c'est-à-dire un être qui *doit* vivre en société. Des rapports de voisinage et de milieu résultent pour les hommes une interdépendance physique et naturelle, et par suite de la division du travail une interdépendance politique et économique chaque jour plus étroite, à mesure que s'accroît la densité des groupes humains.

La première société ne fut que l'union de l'homme et de la femme ; avec les enfants et les esclaves vint la famille ; la réunion de plusieurs familles forma le clan, la horde ou le village suivant que le peuple était nomade ou avait une résidence fixe ; l'association de plusieurs clans ou villages forma la tribu ou la cité. Cette agrégation successive d'hommes ayant même origine, même langue, mêmes usages mêmes coutumes, mêmes intérêts, s'est faite, se fait, ou se fera à peu près partout suivant les mêmes formes (1). Quand elle devient permanente et durable, qu'elle se fixe dans un lieu déterminé, se rend politiquement indépendante et surtout acquiert, grâce aux traditions de l'histoire, cette conscience collective qui la différencie des autres

1. SPENCER : *Principes de sociologie*, II. 2.

agrégations, elle devient une nation. La nation qui s'organise administrativement et se personnifie, c'est l'Etat : « L'Etat, dit M. Larnaude, est une réunion d'hommes et de familles qui collaborent et coopèrent, qui sont établis d'une manière fixe sur un territoire déterminé, et soumis à une autorité publique permanente et spécialisée » (1).

L'Etat étant une abstraction ne peut se manifester que par l'intermédiaire d'êtres concrets : les individus par lesquels il agit, ce sont les fonctionnaires. L'Etat ne se conçoit donc pas sans fonctionnaires : « Il faut deux choses, disait Sieyès, pour qu'une nation subsiste et prospère : des travaux particuliers et des fonctions publiques » (2).

§ 2. — *Les attributions de l'Etat. Leur extension progressive.*

Les fonctions publiques ont d'abord été peu nombreuses et fort restreintes dans leur champ d'action ; elles se sont multipliées et leurs attributions se sont étendues à mesure que la compétence de l'Etat s'est élargie.

Il y a trois formes historiques de la fonction publique (3) qui sont nées nécessairement en marquant les différentes étapes de la genèse de l'Etat :

1^o *la fonction familiale*, chez les peuples primitifs, généralement agricoles, aux mœurs patriarcales ; tous les membres de la famille sont soumis à la puissance de l'aïeul à la fois père, administrateur, juge, chef militaire ;

2^o *la fonction municipale* quand une agrégation hétérogène s'est déjà formée ; elle est généralement élective et

1. A son cours.

2. Cité par DUPONT-WHITE : *L'individu et l'Etat*, Paris, 2^e édit., p. 2.

3. SCHMOLLER : *Le fonctionarisme d'Etat du xvi^e au xviii^e siècle* [Discours prononcé au Congrès historique de Leipzig, le 29 mars 1894, dans les *Acta Borussica*, vol. I]

toujours de courte durée pour assurer l'égalité des différents citoyens ; elle a des attributions complexes mais n'exige pas une éducation spéciale (1) ;

3^o enfin *la fonction d'Etat*. Elle apparaît quand la cité s'agrandit, se transforme, affirme sa souveraineté propre quand les besoins sociaux deviennent plus nombreux et plus étendus. C'est alors une fonction de carrière, viagère généralement, presque toujours rétribuée, de plus en plus spécialisée et pourvue de titulaires conformément à la loi par le pouvoir exécutif.

Alors la fonction familiale disparaissant ou plutôt devenant une fonction privée, seules restent les fonctions publiques de la commune, de l'Etat et parfois de groupes politiques intermédiaires comme le département ou la province.

Ces fonctions publiques elles-mêmes sont d'abord peu nombreuses, car l'Etat a peu d'attributions et son rôle est restreint. Défendre la nation pour obéir à la loi naturelle de la conservation nécessite la *fonction militaire* ; faire régner le droit postule la *fonction judiciaire* ; pour payer les unes et les autres il faut créer le *fisc*. Mais l'Etat bientôt ne se contente plus d'un rôle négatif, d'un rôle de police (2), il passe à l'action positive ; ce n'est plus seulement suivant l'expression de Colmeiro (3), un bouclier, c'est un levier et un levier tout puissant. Successivement l'Etat empiète sur le domaine de l'action privée ; il assume des charges qui,

1. M. LARNAUDE : *Observations sur la communication de M. Kirkpatrick au meeting de la société franco-écossaise d'Edimbourg* (*Revue française d'Edimbourg*, 1897, p. 337).

2. Car c'est dans le droit de police que se renfermaient autrefois toutes les attributions de l'Etat : Le « *Traité de la Police* » de DE LA MARE est le livre de l'ancien droit qui contient le plus de droit public.

3. « El Gobierno no es solo un escudo, es tambien una baluaca. » COLMEIRO : *Derecho administrativo*, I, p. 11, cf. p. 22.

primitivement, étaient remplies par des particuliers ; il frappe la monnaie, exécute les grands travaux, accapare les moyens de communications et de correspondance, met la main sur les cultes et l'instruction publique, organise le crédit, crée des établissements de prévoyance et d'assistance, régit le travail, etc.

En même temps que ces buts d'intérêt public, l'Etat poursuit également des buts d'ordre privé, qui, bien que profitant indirectement à l'intérêt général, ne sont pas différents de ceux que peut réaliser un particulier ; l'Etat se fait industriel et commerçant non seulement en se réservant la fabrication de certains produits ce qui n'est qu'un mode de perception d'impôt (1), mais encore en entrant en concurrence avec l'industrie privée (2).

Cette extension des buts d'intérêt public et d'intérêt privé n'a cessé de croître depuis qu'il y a des Etats ; en sera-t-il de même dans l'avenir ?

Les individualistes déplorent cette évolution, cet accaparement ; ils en montrent les inconvénients dont le principal est assurément l'absence d'intérêt personnel dans la gestion par des fonctionnaires et par suite l'infériorité dans la production. Ils affirment qu'elle aura un terme : « à mesure, dit Spencer, que le type industriel se dégagera du type militaire, l'appareil régulateur qu'est le droit administratif ira en regressant, les fonctions de l'Etat diminueront quant à leur nombre et à leur étendue et finalement se réduiront à la seule administration de la justice » (3).

1. Poudres, allumettes, tabac.

2. Il imprime, fabrique des armes, des vaisseaux, construit des ports, des docks, des vêtements, des cordages, des cristaux, des porcelaines ; en Prusse, il exploite des mines, des houillères, des hauts-fourneaux, des chemins de fer, etc.

3. HERBERT SPENCER : *Principes de sociologie*, III, p. 822, cf. LEROY-BEAULIEU : *L'Etat moderne et ses fonctions*, p. 38 et s.

Mais comme le fait remarquer M. Durkheim (1), les raisons alléguées par Spencer sont d'une remarquable indigence ; c'est à peu près d'une courte comparaison entre l'Angleterre d'autrefois et celle d'aujourd'hui que l'auteur croit pouvoir induire cette loi générale de l'évolution des Etats.

Or ce simple exposé ne constitue pas une démonstration : Spencer montre tout au plus qu'en Angleterre l'initiative individuelle s'est plus qu'en France développée, grâce à un gouvernement libéral. Mais pour en conclure à une loi générale il ne suffit pas de prendre un seul exemple, d'ailleurs restreint, ou de rappeler à propos quelques faits. La science nécessite une expérience méthodique ; l'histoire et la statistique en sont les éléments. Elles montrent que l'Etat primitif n'avait un rôle que dans la direction de la guerre et l'administration de la justice ; aujourd'hui ses attributions, nous l'avons vu, sont multiples, et cela universellement.

Son budget faible au début du siècle est énorme aujourd'hui. Le budget de 1900 comprend encore des augmentations de dépenses « dues au développement des services », dit l'exposé des motifs (2). Les codes se grossissent chaque jour, grâce à la législation rurale et ouvrière. Le domaine privé et industriel s'étend constamment. N'est-ce pas là autant de preuves inductives à une action sociale toujours plus grande (3) ?

Les raisons déductives de cette extension sont dans la nécessité de pourvoir toujours plus complètement aux

1. DURKHEIM : *Division du travail social*, p. 240.

2. *Le Temps*, 10 octobre 1899.

3. WAGNER : *Allgemeine Volkswirtschaftslehre*, grundlegung, p. 308 et s.

besoins sociaux qui augmentent à mesure que l'agrégation et par suite la coopération sociale se complètent.

D'une part le développement technique de l'industrie rendant plus difficile l'expropriation privée du travail, l'extension des entreprises nécessitant une administration identique à celle de l'Etat et détruisant également l'aiguillon de l'intérêt personnel, le danger des monopoles privés de fait, par les associations de grands industriels plus à craindre qu'un monopole d'Etat sont autant de causes du développement du domaine industriel de certains Etats.

D'autre part l'élévation sociale des classes les plus humbles de la société, la nécessité toujours plus grande surtout avec le suffrage universel de procurer à tous les citoyens les moyens de développement intellectuel d'amélioration matérielle, l'obligation pour l'Etat de protéger la personne humaine dont la force individuelle diminue de plus en plus dans cette intensité de vie économique et de puissance industrielle, l'augmentation des relations d'échange par suite d'une division toujours plus grande du travail nécessitant des moyens plus étendus et plus parfaits de communication et de transport créent chaque jour à l'Etat de nouveaux devoirs et de nouvelles charges (1).

Il n'en faudrait pas conclure cependant, comme le fait l'école historique allemande, que l'extension des buts de l'Etat n'a pas de limites. « La tâche de l'Etat, dit Stein (2), est idéalement indéfinie ». Wagner impose à l'Etat une double mission, l'une assez précise, celle de la justice

1. WUNDT : *Ethique*, IV^e partie, chap. III, § 2. « L'Etat ne doit pas seulement protéger et maintenir l'ordre moral, il doit aider à tous les progrès matériels et spirituels : c'est là le but du système administratif. »

2. STEIN : *Lehrbuch der Finanzwissenschaft*, 2^e édit., p. 2; cf. p. 6.

(*Rechtzweck des staats*), l'autre dont l'indétermination permet de justifier toute intervention sociale, la mission de civilisation (*Culturzweck des staats*).

Ces deux solutions extrêmes, l'une voulant réduire au minimum le rôle effectif de l'Etat ; ne voyant en lui qu'un « producteur de sécurité » (1) et demandant même si cette mission de sécurité ne doit pas être livrée au régime de la concurrence (2) ce qui aboutit à l'anarchie absolue, l'autre demandant l'intervention de l'Etat dans tous les actes de la vie sociale, la substituant à l'initiative privée dans l'organisation du travail et la propriété des capitaux, doivent être écartées parce qu'elles résultent de théories *à priori*. Il y a dans un budget des dépenses nécessaires et des crédits inutiles, il y a des cas d'intervention indispensable comme il y a des interventions maladroites. La mesure et la nature de cette intervention n'a rien d'absolu : elle varie avec les temps, les circonstances, les lieux, suivant le développement et l'initiative individuelle : « En principe, dit M. Glasse (3), l'Etat doit abandonner le plus possible à l'initiative individuelle, mais ce principe comporte plus ou moins de dérogations suivant la nature de chaque peuple ».

Mais nous n'en constatons pas moins qu'en fait les buts de l'Etat se multiplient sans cesse ; si le domaine privé avec moins de raison peut-être s'élargit chaque jour, ce sont surtout les buts sociaux et l'action politique de l'Etat qui augmentent à la fois en étendue et en profondeur.

1. G. DE MOLINARI : *L'évolution politique et la révolution*, p. 395. On a qualifié cette conception de théorie de l'Etat-gendarme.

2. DE HUMBOLDT.

3. M. GLASSE : *Eléments du droit français*, II, p. 314, 2^e édit., 1884.

§ 3. — *Développement parallèle des fonctions publiques.*

« A plus de vie, il faut plus d'organes » (1) ; à mesure que l'action de l'Etat s'étend, le nombre des fonctionnaires, s'accroît ; à mesure que le personnel administratif devient plus nombreux, il se spécialise pour se perfectionner.

Cette progression constante des fonctions publiques est un phénomène général, universel, ce qui montre bien qu'il y a là une loi sociologique inévitable.

Mais tandis que dans les pays de formation ancienne cette ascension graduelle du nombre des fonctionnaires est lente quoique sensible, elle devient effrayante dans les pays de formation récente.

En France où cependant les théories individualistes sont le plus longtemps demeurées un dogme intangible, où le fonctionnarisme est à tort, selon nous, le plus critiqué (2), où la moindre réforme sociale, même reconnue nécessaire par tous, peut être arrêtée net si elle nécessite la création de nouvelles fonctions publiques (3), il y a cependant une progression constante comme le prouve le tableau suivant (4) :

1. DUPONT-WHITE : *L'individu et l'Etat*.

2. On commence cependant à rendre justice à notre système administratif qui, si imparfait qu'il soit, n'a cessé de fonctionner durant le XIX^e siècle, malgré tant de révolutions politiques. « Peut-être est-il permis de dire que, sinon l'Europe, du moins l'Amérique commence à nous envier cette administration » (ESMEIN : *Droit constitutionnel*, 2^e édition, 1899, p. 18, note 2.)

3. Ainsi pendant longtemps les lois sur la réglementation du travail des femmes et des enfants ne furent pas appliquées parce qu'on ne voulait pas créer des inspecteurs du travail ; un ministre a combattu l'application de la loi de 1892 aux magasins parce qu'il faudrait créer de nouveaux postes d'inspecteurs, et cet argument lui donna gain de cause devant la Chambre.

4. Emprunté à une statistique de M. Turquan, *Journal des Economistes*, 15 octobre 1897, p. 151.

Années	Nombre des fonctionnaires	Total des traitements
1845	188.000	245 millions
1858	217.000	270 —
1873	285.000	400 —
1886	330.000	450 —
1896	400.000	616 —

Il faut remarquer que ces chiffres ne comprennent que les fonctionnaires qui font partie de la hiérarchie classée dans chaque ministère.

Pour avoir le chiffre exact du nombre des fonctionnaires, il faudrait y ajouter environ 140.000 salariés de l'Etat (1) et 250.000 fonctionnaires des départements et des communes (2), soit 390.000 citoyens qui reçoivent des deniers publics 650 millions (3). Ce serait donc un total d'environ 800.000 fonctionnaires qui coûtent à notre budget près d'un milliard 300 millions.

Dans les pays neufs où l'action de l'Etat s'étend plus

1. Ainsi le 15 décembre 1849 à l'Assemblée législative, Baudot prouve chiffres en main que le nombre réel des salariés est déjà de 535.365 (notre tableau n'indiquerait que 200.000 environ); en 1886 notre statistique ne porte que le chiffre de 330.000, or le nombre total des salariés est dans le rapport Ballue (*Journal Officiel* : Chambre des députés, 1886, annexe, 1314) de 460.962 avec un traitement de 549.031.000 fr. pour l'Etat; et le rapporteur ajoute qu'il ne comprend pas dans ce chiffre les 100.000 instituteurs qui sont en partie à la charge des communes. Les statistiques officielles essaient par d'ingénieux subterfuges de diminuer le nombre réel des employés.

2. Sans compter les employés des chemins de fer de l'Etat, qui sont cependant des agents de l'Etat : si l'Etat rachetait les chemins de fer plus de 200.000 agents nouveaux entreraient dans les cadres administratifs et le million serait dépassé.

3. A ce chiffre il faut encore ajouter deux cents millions pour les pensions (*Le Temps*, 27 juillet 1899).

vite, la progression des fonctionnaires est encore plus rapide.

En Allemagne où cependant il n'y a une nouvelle situation que pour les fonctionnaires d'Empire et seulement depuis 1871, l'augmentation est plus sensible. En ne prenant que les chiffres du budget fédéral allemand, en dehors des budgets spéciaux des Etats, les fonctionnaires civils seulement coûtaient à l'Empire :

en 1894 . . .	140.436.823 marcs
en 1898 . . .	182.034.308 — (1)

soit en quatre ans une augmentation de 29,6 o/o. Pour les fonctionnaires militaires et marins la proportion est encore plus grande.

Pour le seul service des postes et télégraphes l'élévation des dépenses est remarquable (2) :

en 1875 elle est de	51.478.506 marcs
1880 —	71.479.653 —
1885 —	89.026.947 —
1890 —	108.513.519 —
1895 —	158.456.103 —

soit 300 o/o d'augmentation depuis 1875 ; l'augmentation du nombre des employés est parallèle et elle continue :

en 1892	137.028
1893	142.468
1894	148.035

1. KAMMERER : *La fonction publique en Allemagne*, p. 327.

2. *Ibidem*, p. 331.

1895	154.293
1896	161.000

Mais dans les pays dont la formation est tout entière nouvelle, où tout est à créer, la progression est effrayante.

Aux Etats-Unis, nés seulement à la fin du siècle dernier, on a pour les seuls fonctionnaires fédéraux qui ne constituent qu'une bien faible partie du personnel administratif, étant donné celui des Etats, on a les chiffres suivants (1) :

1802. . . .	12.600 fonctionnaires	
1850. . . .	32.500	—
1870. . . .	85 800	—
1881. . . .	124.000	—
1895. . . .	200.000	—

Au Brésil, on observe un mouvement ascensionnel non moins excessif :

en 1890	42.300 fonctionnaires touchent	102 millions
1897	53.000	-- -- 280 --

La République argentine suit la même voie :

en 1864	12.300 fonctionnaires reçoivent	15 millions
1896	44.000	— — 200 —

soit une augmentation de 260 0/0 pour le nombre des fonctionnaires et de 1.230 0/0 pour les traitements.

Au Japon qui imite également l'Europe sur ce point, la même régularité s'affirme ; pour les seuls services civils, on constate la progression suivante :

1. KAMMERER : *op. c.*, p. 4.

Années	Nombre des fonctionnaires	Total des traitements
1886	40.727	9.625.800 yen (1)
1887	44.076	10.525.440
1888	45.558	11.016.588
1889	46.407	12.001.784
1890	50.353	11.254.361
1891	48.979	11.452.252
1892	49.143	11.189.748
1893	45.617	10.761.164
1894	46.200	11.035.451
1895	46.690	11.405.677
1896	57.502	14.516.262
1897	65.502	17.104.123
1898	68.613	19.123.673 (2)

Aussi de 1886 à 1898 le nombre des fonctionnaires civils s'est accru de 52 o/o et le total des traitements de 80 o/o.

C'est donc un fait établi, une loi générale, que l'augmentation progressive des fonctions publiques.

De tout temps on s'en est plaint ; de tout temps on a regretté que les jeunes gens se dirigent vers les fonctions publiques plutôt que vers le commerce ou l'industrie ; au xvii^e siècle Bignon, avocat général au Parlement, exhalait ses plaintes éloquentes devant Louis XIII (3) ; Loyseau déplorait l' « *archomanie* » (4). On ne parle pas autrement

1. Le yen vaut 2 fr. 60.

2. *Le Temps*, 1^{er} juillet 1899.

3. « Plût à Dieu, disait l'Avocat général, que Votre Majesté sut combien cette multiplication d'offices apporte de préjudices, qu'elle dépeuple vos armées, qu'elle diminue le commerce et augmente l'oisiveté dans l'esprit de ceux qui se pourraient occuper à d'autres emplois plus utiles au bien et à la puissance de l'Etat. » (DARESTE : *Histoire de l'administration*, II, p. 40).

4. *Des offices*, livre III, ch. I, p, 290, n^{os} 9-10. ; « C'est la seule

aujourd'hui ; Dupont-White écrit que « le goût des places et de l'importance officielle est écrit partout dans notre histoire » (1) et M. Léon Poinsard nous crie que nous courons « vers la ruine » (2).

Et il en sera ainsi probablement pendant longtemps encore (3).

Sans doute des abus se produisent. Certains services pourraient subir des réductions. Mais celles-ci rencontrent des obstacles de la part des chefs de ces services qui ont un intérêt matériel et moral à avoir sous leurs ordres une armée nombreuse de fonctionnaires, et de la part des membres du Parlement qui nuiraient à leur influence

ambition qui a pris plus de pied en notre nation qu'en nulle autre et plus encore en notre âge qu'auparavant. C'est un *cacohetes* et une mauvaise disposition d'humeur ou plutôt de mœurs qui nous tient ; voire c'est une espèce de manie qui nous agite. Car le mot d'ambition est désormais trop doux bien qu'inventé exprès par les Romains pour désigner le désir immodéré des offices : il en faut forger un autre pour nous et l'appeler *archomanie*, fureur d'offices... »

1. DUPONT-WHITE : *op. c.*, p. 105 et s.

2. LÉON POINSARD : *Vers la ruine*, Paris, 1899.

3. C'est surtout en France où l'opinion publique est généralement très individualiste en théorie, car on ne ménage pas les critiques à l'Etat, mais fort peu en pratique, car non moins généralement les individus font appel à l'Etat dans des cas où l'initiative privée aurait plus de succès, que les critiques du fonctionnarisme ont le plus libre cours. Cependant la France n'est pas le pays qui ait la plus lourde charge à supporter pour le traitement de ses fonctionnaires. Comparons-là avec l'Allemagne. Dans le budget de 1898 le traitement des fonctionnaires des Etats et de l'Empire s'élève à 1.036.654.249 marks, en déduisant celui des employés de chemin de fer qui en France est payé par des Compagnies, et qui s'élève en Allemagne à 269.811.000 marks, on constate que la différence soit 766.843.249 marcs ne donne qu'un coefficient de 1.418 marcs 3, ou 1.773 fr. 75 par kilomètre carré, et de 18 fr. 27 par habitant. La France, en la même année a payé pour les mêmes services 661 millions, soit par kilomètre carré 1.148 fr. 39 et par habitant 16 fr. 06.

électorale en permettant des suppressions dans leur arrondissement ou en restreignant le nombre de faveurs qu'on sollicite d'eux et qu'ils doivent obtenir du ministre. Il faudrait presque un coup d'Etat pour opérer des réductions de cette nature. En Italie, Crispi voulait le tenter quand le 21 février 1894 il déposait sur le bureau de la Chambre un projet de loi dit « des pleins pouvoirs », mais son échec fut significatif (1).

S'il y a rarement des suppressions ; il y a au contraire normalement des créations nouvelles de fonctions publiques. Elles ne sont que difficilement accordées par le Parlement qui sent derrière lui l'opinion publique, mais chaque année cependant en voit éclore de nouvelles parce qu'elles sont la conséquence d'une loi supérieure aux circonstances contingentes et relatives du Gouvernement, de la loi d'extension progressive des buts de l'Etat. Ces créations ont lieu en effet non pas seulement dans les pays parlementaires mais aussi dans les pays de gouvernement absolu comme la Russie.

Le développement des fonctions publiques augmente ainsi l'intérêt du problème de leur caractère juridique. D'une part les situations déjà établies se multiplient et plus grand est le nombre des individus qui tombent sous le

1. Ce projet était ainsi conçu :

« A. 1^{er}. — En vue de réorganiser les fonctions publiques de l'Etat ou d'en simplifier l'exercice en réduisant les services publics civils et militaires et en diminuant les dépenses, le Roi sous la responsabilité de ses ministres est muni de pleins pouvoirs jusqu'au 31 décembre de l'année courante.

« A. 2. — Le roi pour procéder aux réformes dont il est parlé à l'article précédent sera assisté d'une commission de cinq sénateurs, de cinq députés et de cinq fonctionnaires de l'Etat nommés par décret royal, etc. » Voir *Atti Parlamentari* : Camera dei deputati. Sess. 189-1894, n° 299, Relazione della Commissione, 21.

coup de leur régime juridique. D'autre part aux fonctions anciennes viennent s'ajouter des situations nouvelles et imprévues qui pourraient mettre dans l'embarras le juriste s'il n'était guidé par une théorie embrassant l'ensemble des cas qui peuvent se présenter.

CHAPITRE III

LE PROBLÈME DE LA NATURE JURIDIQUE DE LA FONCTION
PUBLIQUE. — SON INTÉRÊT. — SA DIFFICULTÉ. — SA MÉTHODE.

Etudier la nature de la fonction publique c'est chercher à déterminer le caractère juridique du lien de droit qui unit le fonctionnaire à l'Etat, c'est chercher à le classer dans une des catégories établies par les juristes, à moins qu'on ne crée une catégorie spéciale dont il sera à la fois le type et le seul exemple.

§ 1^{er}. — *Intérêt du problème.*

Ce n'est pas un futile problème que de régler la situation légale d'un tel nombre d'individus. L'Etat qui s'impose de si lourdes charges pour les fonctions publiques a le devoir de prendre toutes les mesures nécessaires pour être bien servi ; soit qu'il recherche des fonctionnaires capables par la voie du concours, soit qu'il désire avant tout des fonctionnaires fidèles et les choisisse librement, il doit, pour que son choix soit plus large et sa sélection plus efficace, attirer les candidats en leur assurant une situation la plus sûre et la plus honorifique possible. Mais il lui faut en même temps sauvegarder les droits du contribuable qui paie les

fonctionnaires ainsi que ceux du citoyen qui peut être soumis à leurs excès de pouvoir. C'est là l'œuvre de la loi.

Cependant bien des points de cette situation n'ont pas été réglés par la loi ; c'est alors d'après les principes généraux qu'il faut trancher les conflits. Or ces principes, c'est la théorie de la fonction qui les établit. C'est ce qui fait son importance dans le droit public.

En effet, d'une part, la solution de ce problème permet de résoudre un grand nombre de conflits d'une manière uniforme ; on évitera ainsi les contradictions quotidiennes et les évolutions successives de la jurisprudence civile et de la jurisprudence administrative ; d'autre part, elle indique au législateur les règles logiques, équitables et bien déterminées de l'organisation administrative pour laquelle jusqu'à ce jour on a procédé sans ordre et sans méthode.

Ainsi en jurisprudence la multiplicité croissante des cas d'intervention de l'Etat, c'est-à-dire en fait des fonctionnaires qui le concrétisent, coïncidant avec l'extension considérable qu'a prise non seulement dans le droit civil mais encore dans le droit public la théorie de la responsabilité, rend très fréquente la question de savoir à quel titre agit le fonctionnaire, s'il est organe ou représentant de l'Etat.

Dans le premier cas, en effet, c'est l'Etat même qui a commis l'acte engendrant la responsabilité, le fonctionnaire n'a été que le bras et l'Etat la tête, il n'y a qu'une seule et même personnalité en fait car l'acte est indivisible, par suite l'Etat seul est responsable ; dans le second cas, au contraire, le fonctionnaire a une personnalité distincte de celle de l'Etat, comme le commis en a une différente de celle de son patron, il y a deux phases bien distinctes, souvent deux décisions bien séparées dans l'acte incriminé et par suite peut se poser la question de savoir sur qui

retombera la responsabilité, sur le fonctionnaire ou sur l'Etat ?

De même la nature du lien juridique qui unit le fonctionnaire à la personne administrative déterminera l'étendue du droit de révocation de l'Etat, du droit du fonctionnaire au traitement et à la pension, de son droit de grève et de coalition. Si le lien est de nature contractuelle, il y a deux parties en présence qui ont traité sur le pied d'égalité qui ont des droits et des obligations réciproques, chacune d'elles peut exiger que l'autre les accomplisse ; par conséquent il y aura bien un droit de résiliation réciproque, mais le consentement des deux parties est nécessaire quand le lien doit être d'une durée déterminée (1) ; si la durée du contrat n'est pas fixée, l'une des parties contractantes peut par sa seule volonté résoudre la convention, mais elle s'expose à des dommages et intérêts, en cas de résiliation intempestive ou de mauvaise foi (2). Si le salaire lui-même est une des clauses du contrat, le fonctionnaire pourra l'exiger non pas seulement pour les services déjà effectués, mais encore pour ceux qu'il comptait rendre et il ne saura, par un renvoi anticipé, se voir privé d'une pension de retraite qui généralement fait partie du salaire prévu.

Dans tous ces cas, il y a encore une question de compétence à trancher que la solution de notre théorie résout *de plano* : si la fonction publique est une relation de droit privé, rien ne vient faire échec à la compétence judiciaire ; si au contraire, c'est une question de droit public qu'on agite, ou il n'y aura pas du tout de juridiction ou il n'y aura que la compétence administrative.

Au point de vue législatif, toujours dans les questions d'organisation administrative on a procédé par à-coups ;

1. C. Civ : a. 1134 et s.

2. C. Civ : a. 1780. (Loi du 27 décembre 1890).

suivant l'idée du moment on a établi des règles protectrices du fonctionnaire contre l'Etat ou au contraire des règles protectrices de l'Etat contre le fonctionnaire ; on s'est montré libéral ou despotique, sans qu'aucun guide sûr ne vint montrer la voie rationnelle. Ce guide c'est la nature même de la fonction. Ainsi pour les conditions d'admission, le fonctionnaire est-il partie intégrante de l'Etat, est-il un organe inséparable de la puissance publique, de la souveraineté qu'il incarne ? Le législateur, l'Etat doit avoir le libre choix de tous ceux qui engagent directement sa responsabilité, de ceux qui disposent de la Souveraineté. Il doit alors ne pas donner ces fonctions, au concours, il peut exiger d'eux la qualité de Français, à une ou plusieurs générations, il peut écarter des candidats pour leurs opinions politiques ou religieuses, les conditions de leur éducation, etc. Le fonctionnaire est-il au contraire un préposé de l'Etat, une personnalité distincte de celle de l'Etat, auquel il ne prête que le concours de ses connaissances techniques ? Alors l'Etat n'étant pas directement engagé par son représentant peut fort bien prendre à son service des étrangers, des femmes, il n'a pas à s'inquiéter des opinions politiques ou religieuses des candidats pas plus que des établissements dans lesquels ils ont reçu leur instruction. C'est alors pour lui un devoir de donner toutes ces fonctions au concours puisque son choix ne doit porter que sur les connaissances techniques des candidats.

La solution de toutes ces questions dépend ainsi de la conception qu'on se fait du fonctionnaire. Ce n'est donc pas une simple controverse d'école, comme on l'a dit, que de discuter la nature juridique de la fonction publique, qui porte avec elle des conséquences aussi amples aussi étendues dans le domaine de la jurisprudence et de la législation.

§ 2. — *Sa difficulté.*

Malheureusement, dans la solution de cette question nous ne pouvons pas en France être aidé par les textes.

Dans les États nouveaux, on a fait table rase des lois surannées, des règlements accumulés au hasard des circonstances, des traditions, des résistances intéressées, des préjugés ; au lieu d'apporter chaque année une pierre à l'édifice, dont la construction est si longue que les dernières œuvres sont d'un style tout différent des premières, on a bâti de toutes pièces en une seule fois le monument législatif qui régit la fonction publique. C'est une seule et même idée directrice qui domine toutes les dispositions de cette loi ; il est facile de la dégager des multiples applications qui en sont faites. Ainsi l'Empire allemand proclamé en 1871 songea de suite à créer une administration fédérale et à la doter d'une loi réglant dans tous les détails la situation des fonctionnaires : ce fut la loi du 31 mars 1873 (1).

Dans les États qui ont au contraire un long passé historique, la situation juridique du fonctionnaire s'est réglée d'une façon empirique, au hasard des inspirations du législateur, des préoccupations politiques du moment, selon l'esprit plus ou moins libéral du gouvernement ; souvent à peu d'années de distance ont été édictées des dispositions contradictoires.

Ainsi en France, de l'incohérence des dispositions législatives, de la contradiction des principes qui semblent s'en dégager, on ne peut tirer une idée dominante qui donne à

1. De même dans presque tous les États allemands la situation des fonctionnaires est réglée légalement et non administrativement : lois prussiennes de 1852 et 1872 ; loi saxonne du 3 juin 1876 ; loi wurtembourgeoise du 28 juin 1876 ; loi Badoise du 24 juillet 1888.

notre question une solution rationnelle. C'est que, comme on l'a dit, « nos lois administratives sont des lois d'organisation et d'action qui se préoccupent plus d'assurer la marche des services publics que de prévoir et de résoudre des difficultés juridiques » (1).

Pas plus que des textes, nous n'avons l'aide de doctrines antérieures qui ont débarrassé le terrain sur lequel nous nous avançons. Nous avons déjà indiqué dans notre préface que la fonction publique n'avait guère été étudiée en France au point de vue de sa nature juridique. C'est que non seulement nous n'avons pas eu en France tout à coup des situations nouvelles qui ont attiré l'attention des jurisconsultes comme l'a fait en Allemagne la fondation de l'Empire allemand, mais encore, à un point de vue général, si nous avons en France des études remarquables de droit constitutionnel et de droit administratif, nous n'en avons pas de droit public général dans lequel les théories pures de certaines situations légales soient étudiées comme elles le sont en Allemagne. C'est pourquoi alors qu'il nous arrivera de citer fréquemment des auteurs étrangers et en particulier des auteurs allemands, nous ne pourrons presque jamais produire des opinions d'auteurs français.

A défaut des textes et des doctrines antérieures, nous ne pouvons nous référer qu'à la jurisprudence du conseil d'État, source riche et précieuse en toute matière de droit public, mais ici singulièrement insuffisante pour ce motif que le contentieux administratif a généralement fermé les portes aux recours des fonctionnaires destitués ou réclamant une pension, un traitement, et quand il les a ouvertes n'a jamais suffisamment motivé ses arrêts.

1. LAFERRIÈRE : *Juridiction administrative*, préface, 1^o édit., p. XII.

§ 3. — *Sa méthode.*

En cette matière singulièrement épineuse, il est de toute nécessité d'écarter les opinions politiques qui peuvent avoir une influence légitime sur le législateur, mais qui sont pour le juriste une cause d'erreur.

Il faut également se méfier des idées *a priori* sur lesquelles on base tout un système fort logique d'apparence, mais sans se préoccuper de savoir si on ne va pas se trouver en contradiction flagrante avec les faits.

C'est ainsi que nous aurons maintes fois, aussi bien dans les doctrines de droit privé que dans celles de droit public l'occasion de rejeter une théorie, parce que leurs auteurs, partis d'une fausse analogie (1), aboutissent à une conception qui ne peut pas s'appliquer à des faits qu'elle doit expliquer, à des situations juridiques de fonctionnaires nettement contradictoires avec la théorie proposée.

C'est qu'en effet, une théorie juridique ne peut être qu'une théorie *a posteriori*. C'est une construction artificielle qui cherche à expliquer les faits déjà produits : elle ne leur commande pas, elle les suit, et change avec eux. Aussi la méthode à employer dans nos investigations, ne saurait-elle être que la méthode historique, et devons-nous éclairer notre sujet par une histoire de la fonction publique, c'est-à-dire par une étude des faits passés, et par un examen de la jurisprudence, c'est-à-dire par une étude des faits présents.

D'une part, en effet, l'histoire de la fonction publique nous montrera qu'avec les événements historiques s'est transformée l'idée que l'on s'est faite de cette fonction ; elle montrera que chaque théorie peut avoir été vraie à certaine

1 Voir ci-dessous la critique de la théorie du mandat de M. DARESTE. (1^e partie, chap. I, section III, II, § 2).

époque et être inexacte aujourd'hui ; elle exposera l'évolution progressive du caractère privé vers le caractère public de la plupart de ces fonctions, le passage du lien contractuel au lien unilatéral, la transformation à certaines époques du droit personnel en droit réel, si bien que ce guide si sûr de l'histoire nous amènera naturellement à la phase de l'évolution juridique dans laquelle nous nous trouvons actuellement.

C'est d'autre part la jurisprudence qui achèvera notre démonstration. L'étude des décisions de la jurisprudence n'est que le second terme de la méthode historique ; elle nous fait l'histoire du présent en nous montrant toutes les situations qui peuvent actuellement se présenter entre le fonctionnaire et l'État ; nous pouvons voir alors quels sont les caractères qui se retrouvent dans toutes et par leur réunion construire la théorie générale de la fonction publique.

En second lieu, tout particulièrement sur notre sujet, il importe de se baser sur la jurisprudence, parce qu'il ne saurait être question ici d'exégèse des textes, parce que c'est cette jurisprudence qui a fait tout le droit administratif français, qui a construit toutes ses théories originales et a tenté sans résultat à notre avis d'établir celle de la fonction publique.

En effet, le commentaire des divers textes de lois sur les fonctionnaires, ne nous serait ici d'aucune utilité ; ceux qui sont encore en vigueur sont issus d'époques toutes différentes, émanent de conceptions contradictoires ; on ne peut que se reporter aux théories générales du droit administratif (1).

1. C'est ce que nous ferons quand nous établirons notre distinction fondamentale entre le droit de la puissance publique et

Comme le dit M. Laferrière (1), « pour le droit codifié, l'exégèse des textes est la méthode dominante et la jurisprudence ne peut être qu'un auxiliaire. Pour le droit administratif il n'en est pas de même, l'abondance des textes, la diversité de leur origine, le peu d'harmonie qu'ils ont souvent entre eux risquent d'égarer le commentateur qui voudrait leur appliquer la même méthode qu'au droit codifié. La jurisprudence est ici une des sources essentielles de la doctrine, parce qu'elle seule peut faire la part entre les principes permanents et les dispositions contingentes, établir une hiérarchie entre les textes, rémédier à leur silence, à leur obscurité, à leur insuffisance en s'inspirant des principes généraux du droit et de l'équité » (2).

Aussi la théorie de la fonction publique s'est-elle développée bien plus par l'action du conseil d'État et du tribunal des conflits que par celle de la loi.

De l'absence de codification et de la multiplicité de textes, souvent incohérents, est résultée une confusion qui a enlevé aux lois administratives leur autorité et par la même, a augmenté celle du juge.

Grâce à la forte constitution de la juridiction administrative française, celle-ci n'a pas été ébranlée par les révolutions successives, et les services rendus ont toujours nécessité son rétablissement ou son maintien.

celui de la personne morale de l'État, distinction qui est celle des actes de puissance publique et des actes de gestion.

1. LAFERRIÈRE : *Juridiction administrative*, préface, 1^{er} édit. p. XII.

2. Cf. SERRIGNY : *Traité de la compétence administrative*, préface, p. 6 : « La jurisprudence du conseil d'État est la source la plus abondante et la plus vive du droit administratif à tel point que je ne crains pas d'affirmer que, sans l'existence de ce conseil, jamais cette partie de la législation ne se serait élevée à l'état de science ».

Enfin c'est surtout grâce à la théorie du conseil d'Etat qui se constitue juge de droit commun (1), grâce à l'usage que le conseil d'Etat a pu faire de simples règlements pour consacrer des droits acquis aux particuliers, grâce à la notion exclusivement formelle de la loi et à la notion formelle aussi du recours contentieux que s'est développée la théorie de la fonction publique (2).

En particulier, en notre matière, il a été récemment admis des recours contentieux ordinaires dans des cas entièrement nouveaux : un fonctionnaire révoqué a pu former un recours contre une décision du conseil municipal qui lui refusait une indemnité (3), des pasteurs protestants ont vu recevoir un recours contre des décisions de l'autorité mu-

1. L'action du conseil d'Etat s'est ainsi considérablement étendue par l'extension du recours contentieux ordinaire. Cette théorie est maintenant définitivement établie depuis l'arrêt du conseil d'Etat du 13 décembre 1889, aff. Cadot, S., 92. 2. 17, cf., 28 mars 1890, Drancey ; 6 nov. 1891, Dardenne ; 13 mai 1892, Richard ; 9 décembre 1892, Bories ; 3 février 1893, Eglise réformée de Paris ; 20 avril 1894, Dép. de la Seine, etc.

2. En Allemagne par exemple la loi seule confère des droits acquis, les règlements n'en confèrent pas. Le juge allemand ne peut rien faire sortir de cette masse de règlements administratifs, règlements de police, règlements d'organisation de services publics au profit des particuliers ; le droit réglementaire est pour lui un monologue de l'Etat, il n'engage pas l'Etat vis-à-vis des particuliers qui n'ont aucun droit à en obtenir le respect. Au contraire en France les règlements comme les lois peuvent conférer aux citoyens des droits acquis, il n'y a entre les lois et les règlements qu'une différence « formelle » c'est-à-dire tirée de la façon dont ils sont faits par des pouvoirs constitutionnels différents, mais les uns et les autres contiennent des droits acquis si leur objet s'y prête et peuvent donner ouverture au recours pour l'excès de pouvoir qui s'appelle la violation de la loi et des droits acquis (LAFERRIÈRE : *Juridiction administrative*, II, p. 532 et s. ; HAURIOU : *Précis*, 3^e édit., p. 36 et s.)

3. Conseil d'Etat, 13 déc. 1889, aff. Cadot. S. 92. 3. 17.

nicipale refusant de leur allouer une indemnité de logement (1).

Il n'y a donc pas lieu sur ce point d'envier des pays voisins, où ce travail a été trop hâtif et a nui à la mobilité du droit administratif (2) qui doit se transformer chaque jour comme se transforment les modes d'action de l'État lui-même.

La conception de la nature juridique de la fonction publique a subi en France, grâce à la jurisprudence, une évolution et un développement graduel, comme tout notre droit administratif français, auquel les étrangers ont eux-mêmes rendu hommage (3).

A défaut de cette jurisprudence administrative, les tribunaux ordinaires n'auraient pu que très incomplètement construire la théorie de la fonction publique, malgré qu'ils soient plus indépendants et par suite mieux placés pour imposer des bornes à l'action de l'administration et pour faire respecter les droits des citoyens. C'est qu'en effet, même dans les pays étrangers où le contentieux administratif a été laissé aux tribunaux ordinaires, jamais ceux-ci ne se sont aventurés dans le domaine de la puissance publique.

Ils n'ont jamais pu admettre le recours pour excès de pouvoir; soit par suite de dispositions législatives formelles, soit par réserve volontaire, ils se sont cantonnés dans les matières où l'État n'intervient qu'à titre de personne pri-

1. Conseil d'Etat, 3 février 1893; Cf. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. I, p. 324.

2. Voir DUCROCQ : *Droit administratif*, préf., 7^e édition.

3. Voir : LORENZO STEIN : *Geschichte der Sozialen Bewegung in Frankreich*. 1848; R. MOHL : *Die Geschichte und litteratur der Staatswissenschaften*, 1858, 3^e vol. p. 192-290; OTTO MAYER : *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1895, 1^{er} vol.; GOODNOW : *The executive and the courts* (dans la *Political science quarterly*, décembre 1886, p. 557 et s.)

vée ; ils peuvent donc avoir une conception de la personne privée, ils ne peuvent construire une théorie de la puissance publique ; ils peuvent bien étudier la fonction publique quand ce n'est qu'une fonction de la personne morale de l'État ; ils la négligent dès qu'il y a un acte de souveraineté, une fonction de puissance publique. Ils ne voient ainsi, que le côté civil du droit administratif, comme le fait en Allemagne l'école de Laband.

Une autre raison de cette impuissance des tribunaux civils devant notre théorie, c'est qu'ayant peur de limiter les droits de l'administration à laquelle ils sont étrangers et dont ils ignorent les besoins, ils se montreront toujours plus timides, et d'autre part, n'intervenant généralement que dans des questions de fiscalité, ils sont plus volontiers portés à résoudre le litige au mieux des intérêts pécuniaires de l'État et au détriment du fonctionnaire (1).

Mais la théorie de la fonction publique, comme beaucoup de théories originales du droit administratif s'étendant à la fois à toutes les manifestations de la puissance publique et de la personne privée, n'a pas un caractère exclusif : comme nous le montrerons, elle ne dépend pas uniquement du droit privé, elle n'est pas essentiellement régie par le droit public ; elle n'est pas non plus comme le dit M. Hauriou (2), « un amalgame très intéressant du privé et du public », mais elle emprunte ses principes généraux tantôt à l'un tantôt à l'autre, jamais aux deux à la fois. Ce n'est donc pas uniquement dans la jurisprudence administrative ou uniquement dans la jurisprudence civile que nous devons rechercher les principes juridiques de la fonction, mais tantôt dans l'une, tantôt dans l'autre.

1. Ainsi fait souvent en France la Cour de cassation.

2. Dans BÉQUET : *Répertoire de Droit administratif* ; V. *Droit administratif*.

Le caractère prétorien de la théorie de la fonction publique lui permet de se développer naturellement, en harmonie avec les mœurs, les institutions politiques, les besoins de l'État. Enfermée dans un texte, comme en Allemagne, où ce travail trop hâtif a nui à la mobilité du droit qui se transforme chaque jour comme se modifient les modes d'action de l'État lui-même, où on a dû forcer les cadres juridiques pour y faire entrer une doctrine qui n'était pas faite pour eux, notre théorie serait vouée à l'immobilité au lieu de subir une évolution graduelle et un progrès continu qui la rapproche chaque jour davantage de la vérité.

Comment se fait-il cependant que la jurisprudence qui a établi des doctrines plus complexes et plus délicates assurément n'ait pas donné encore définitivement sa forme à celle de la fonction publique et semble même depuis vingt ans après des hésitations nombreuses et des contradictions fréquentes opérer un retour en arrière vers une théorie arbitraire, destructive des garanties des droits du fonctionnaire (1).

Cela tient à plusieurs causes. Ce fait vient d'abord de l'institution même du tribunal des conflits qui donnant la prépondérance à l'élément administratif ou politique, grâce à la présidence du ministre, sur l'élément judiciaire, a établi la suprématie de la jurisprudence du conseil d'Etat sur

1. Ainsi autrefois la Jurisprudence même administrative laissait aux employés communaux la qualité de bailleurs de services ce qui leur assurait au moins la sécurité qu'a un employé vis-à-vis d'un patron et pouvait permettre de leur accorder une indemnité pour révocation injustifiée (Conflits 17 mai 1873, D., 74. 3. 4. — Conseil d'Etat 28 février 1879, D., 79. 3. 68 ; — Conflits, 14 juin 1879 : D., 79. 3. 67). Depuis 1879 au contraire on les renvoie devant la juridiction administrative qui leur applique la théorie du pouvoir arbitraire de l'administration.

celle de la cour de cassation. Au lieu de départir d'une façon très nette les fonctions de droit privé et celle de droit public, il y a une tendance à diminuer le plus possible le nombre des premières et augmenter celui des secondes.

Cela résulte aussi d'un travers, fréquent en jurisprudence, et en doctrine qui consiste à insister sur les anomalies pour en examiner à la loupe les détails, à ne voir que ceux qui s'écartent du type juridique et ignorer ceux qui s'en rapprochent. Or il ne faut pas exagérer ces anomalies, d'autant plus que souvent elles ne diffèrent du modèle que par des détails tout à fait secondaires. Pour avoir tombé dans ce défaut, des arrêts de jurisprudence et beaucoup d'auteurs ont perdu de vue l'ensemble de la fonction publique, ont été conduits à établir des catégories trop nombreuses à multiplier les théories dont chacune ne s'applique qu'à quelques situations, théories si voisines cependant qu'on en arrive à séparer des fonctions identiques quant à leur substance quoique différentes en leur forme. Ainsi pourquoi séparer l'examen de la situation du fonctionnaire municipal, de l'étude de celle du fonctionnaire d'Etat, comme l'a fait longtemps la jurisprudence ? Serait-ce parce que le caractère de puissance publique qui est fréquent dans la seconde est plus rare dans la première ? Mais qu'importe la rareté des cas qui peuvent se présenter, si, quand ils se présentent, ils peuvent être identifiés avec d'autres cas semblables. Il faut traiter en même temps des uns et des autres, parce que les fonctionnaires de puissance publique, qu'ils reçoivent leur pouvoir de l'Etat ou de la commune, ont des situations identiques quant à leur caractère principal. Ce que nous dirons de l'Etat pourra s'appliquer à la commune : « S'il y a dans l'Etat, dit M. Ducrocq, d'autres formes de puissance publique comme le département ou la province, l'Etat en est toujours la forme la plus complète et la plus puis-

sante » (1) ; ce que nous dirons du fonctionnaire de l'Etat qui a l'autorité publique s'appliquera également au fonctionnaire municipal qui dispose de cette puissance, parce que la puissance publique ne change pas de caractère quel que soit celui qui l'exerce.

En insistant sur les anomalies on peut également tomber dans le défaut contraire : au lieu d'établir un trop grand nombre de théories, on déclare qu'il n'y a pas du tout de règles communes, qu'il est impossible d'établir une classification méthodique de toutes les fonctions qui apparaissent chacune avec un titre particulier. On ne fait plus de synthèse ; il n'y a place que pour l'analyse ; chaque lien juridique est à la fois son modèle et son seul exemple. On dit alors pour les fonctions publiques qu'on se trouve en présence de « situations spéciales » (2), d'accords *sui generis* (3), en un mot on nie la possibilité d'établir une théorie générale de la fonction publique.

Ces deux solutions sont également mauvaises. Toutes deux en effet partent d'une idée fausse, de cette conception que les phénomènes concrets de la vie privée où publique doivent être exactement conformes à la conception idéale de la théorie. Or il n'en est rien.

D'abord il ne peut en être ainsi puisque l'idéal théorique conçu varie lui-même avec l'auteur qui le conçoit et par suite est essentiellement subjectif et relatif.

Mais en admettant même qu'il n'y ait qu'une seule conception reconnue comme exacte, elle ne saurait être en

1. DUCROCQ : *Revue du Droit public et de la science politique : De la personnalité civile du Saint-Siège en France*, tome I, p. 56.

2. M. HAURIOU ; *Précis*, p. 686.

3. Observations du ministre de l'intérieur : Conseil d'Etat 12 janvier 1883. Lebon, 1883, p. 29.

fait réalisée dans la situation d'une fonction publique quelconque : « le caractère même de l'idéal, dit Jellinek (1), c'est de ne pouvoir être réalisé ; le concret peut et doit même s'écarter de la règle applicable au modèle.... Le manque d'harmonie entre le fait et ce qui est réclamé par la règle de droit est aussi inévitable dans la vie publique que dans la vie privée. Mais ce qui est contraire au droit lorsque cela ne constitue pas la règle ne détruit pas le droit, au contraire il en fait ressortir la règle et la signification ».

L'impuissance, dans laquelle se sont trouvés et la jurisprudence et beaucoup d'auteurs d'établir notre théorie, résulte enfin de l'imprécision de la langue juridique qu'ils emploient et en particulier du terme « fonctionnaire » qu'ils oublient de définir ou qu'ils veulent étendre ou restreindre sans égard pour la nature de l'étude qu'ils entreprennent.

Nous avons vu combien pouvait être large ou étroite l'expression de « fonctionnaire public » et nous avons essayé d'éviter cet obstacle en déterminant dès le début la catégorie d'individus à laquelle nous avons l'intention de consacrer cette étude.

Quant aux termes généraux, il ne faut en user que dans un sens strictement juridique : c'est avec la plus grande circonspection que nous emploierons les mots *mandat*, *délégation*, acte de puissance publique, ou acte de gestion ; sinon on risque d'aboutir à une conclusion qui n'a rien de la précision scientifique qu'on cherche à atteindre (2).

1. JELLINEK : *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, p. 5 et s.

2. Nous verrons par exemple M. DARESTE se dire partisan de la théorie de mandat puis déclarer ensuite qu'il n'emploie le mot mandat que dans un sens analogique et métaphorique. Si ce n'est pas du mandat des articles 1984 et suivants du Code civil, de quel mandat entend-il parler ? De même DRAMARD (*Des professions libérales : de la nature juridique des prestations de ceux qui les*

En résumé notre méthode se basant d'une part sur l'histoire des doctrines émises au cours des siècles sur la fonction publique et d'autre part sur l'étude des espèces fournies par la jurisprudence, écartera les théories *a priori* que ne confirment pas les faits ; dégageant ensuite par une analyse des textes de droit et de la jurisprudence relative aux actes de l'administration une conception de l'Etat, elle en suivra les conséquences logiques dans la situation des fonctionnaires et, par une synthèse des idées ainsi recueillies, elle établira la théorie générale de la fonction publique. « Lorsqu'on a recueilli, dit M. Laferrière (1), et commenté les règles de droit peu nombreuses et généralement très concises qui ne font que jalonner le vaste domaine du contentieux administratif il faut s'y orienter à l'aide de la jurisprudence, chercher en elle les éléments des solutions juridiques et compléter ce travail d'analyse par une synthèse qui condense et précise la doctrine ».

exercent et du contrat qui les régit dans la *Revue générale du droit*, 1883, page 36) s'exprime ainsi : « Sans doute les fonctionnaires vis-à-vis du public sont bien les *représentants* de l'Etat et parfois ses mandataires — (voilà la théorie du mandat) — dans leurs rapports directs avec l'Etat il sont des *locateurs de service* — (voilà la théorie du louage de services) — mais il n'existe aucun contrat — (alors qu'est-ce que le mandat ? qu'est-ce que le louage de services ??) — aucun lien de droit positif, aucune action pour ou contre eux résultant soit du mandat soit du louage ». Cela se traduit ainsi : 1^o la fonction publique est un *mandat* ; 2^o elle est un *louage* ; 3^o elle n'est ni un *mandat* ni un *louage* !

1. LAFERRIÈRE : *Juridiction administrative*, 2^e éd., introduction, p. XIII.

CHAPITRE IV

HISTOIRE DES THÉORIES DE LA FONCTION PUBLIQUE

Ce n'est pas une histoire de la fonction publique que nous entendons faire ici ; l'histoire des faits relatifs à cette institution politique et administrative est du ressort de l'histoire générale et de l'histoire du droit et elle a été maintes fois traitée.

Nous ne voulons qu'indiquer la succession des différentes théories qui ont eu cours sur notre question, théories soit explicites quand elles ont été développées par des auteurs, soit implicites quand elles ne résultent que des faits, sans avoir été jamais établies par aucun juriste.

S'il y a ainsi une histoire de théories successives, cela n'implique pas qu'il n'y ait pas de théorie définitive. Sans doute les lois administratives n'ont rien d'absolu ; une théorie immuable ne pourrait résulter de règles législatives sujettes à des transformations ni de faits contingents. Mais ici le libre arbitre de l'homme qui fait toutes ces modifications n'est pas en jeu ; de même que les différences physiques qui distinguent les hommes les uns des autres n'empêchent pas qu'il y ait une science anatomique, de même les caractères particuliers des lois d'un même pays à différentes époques ou de différents pays dans la même période n'empêchent pas qu'il y ait une science du droit

dont les principes sont ceux de l'équité, comme une théorie idéale de l'Etat, ou de la fonction publique vers laquelle tend le progrès.

Il y a en effet des lois sociologiques générales ; nous en avons vu un exemple dans le développement de la compétence de l'Etat et dans celui de la fonction publique ; le type du fonctionnaire change sans cesse et la théorie évolue avec lui ; mais cette évolution ne porte pas sur les lois fondamentales ; elle n'affecte que les lois secondaires, tout en nous rapprochant, malgré des oscillations, d'un idéal que nous cherchons à déterminer.

Il peut donc y avoir une théorie définitive ; elle sera sans doute toujours discutée ; mais les discussions porteront plutôt sur la manière de l'appliquer ; ce sera alors non de la science, mais de l'art administratif. Ces discussions n'auront plus qu'un caractère politique, elles perdront leur caractère scientifique.

On peut ainsi faire une histoire des doctrines de la fonction publique ; cette histoire différente de celle des faits lui est cependant intimement liée.

Ce sont en effet souvent les événements qui font naître les doctrines et cela parfois bien postérieurement à la date à laquelle ils se sont produits. La féodalité fut l'occasion qui fit naître la théorie de la patrimonialité des fonctions ; elle a, de nos jours, inspiré la théorie du droit réel de M. Hauriou et le contrat de vassalité a fait éclore la théorie du rapport de puissance de M. Laband.

Cependant les faits historiques ne postulent pas toujours une doctrine qui les explique. Dans notre histoire, nous devons chercher nous-même à dégager l'idée ressortant de certains événements, qui ont modifié la fonction elle-même, sans qu'aucun auteur ait cherché à en faire la théorie ; ainsi tous les historiens ont constaté la mise en ferme des offices

au ^{xix}^e siècle et aucun n'a étudié ce fait d'un nouveau genre.

Inversement, il y a eu des théories sans faits historiques y correspondant, particulièrement dans les périodes avancées de la pensée juridique ; ainsi la théorie de la contrainte légale n'a jamais reçu une application générale.

Si les doctrines résultent en général des faits, elles peuvent aussi influencer sur ceux-ci : c'est ainsi que les doctrines philosophiques de Hegel et de son école, exaltant l'Etat pour favoriser la constitution de l'Empire allemand et les rêves de pangermanisme, ont fait de cet Etat une personne juridique dans toutes ses manifestations et en particulier dans la relation de fonction publique qui devient alors un louage de service ; de même la théorie de Rousseau, imposant à l'individu, par le pacte social, le sacrifice de tous ses droits, aboutit à la déclaration du droit de l'Etat, à la contrainte au service public dans la loi de 1791.

Ilya donc un intérêt considérable à esquisser cette histoire ; elle complète l'étude que nous ferons de chaque théorie en la plaçant dans son milieu historique ; elle permet de la réfuter en montrant que les faits historiques qui l'avaient engendrée ont disparu ; elle nous montre les erreurs commises sous l'influence des préoccupations politiques ; elle nous permet de relier dans le temps et la logique des théories qui nous semblaient différentes, et, montrant ainsi l'évolution des doctrines, elle nous permet de continuer par la pensée l'évolution dans le sens où elle est engagée, pour arriver à la théorie définitive vers laquelle tend la fonction publique.

a) La fonction publique dans l'antiquité classique. — Dans les Républiques grecques l'Etat n'est que l'ordre moral de la société. La fonction qui assure cet ordre social a donc

une importance capitale. Mais l'Etat ne gère pas des intérêts privés, mêmes collectifs; pour faire régner le droit, le fonctionnaire n'agit que par voie de commandement; il n'y a donc que des fonctions d'autorité.

Comme d'autre part l'Etat n'est que la puissance publique qui ordonne, comme le citoyen qui jouit de la plus ample liberté politique n'a qu'une liberté individuelle très restreinte et sans garanties de droit devant l'Etat tout puissant, le régime de cette fonction publique d'autorité est un régime légal. Platon considère même la fonction comme obligatoire et va jusqu'à la théorie de la contrainte légale au service public (1) : l'Etat peut imposer à tel citoyen qu'il croit plus apte à la remplir que tel autre, la fonction publique qui n'a pas de titulaire; c'est lui qui partagera la société en classes différentes, entres lesquelles il répartira toutes les missions sociales qui deviennent des fonctions publiques; c'est lui qui distinguera « les sages qui doivent régner, les guerriers qui doivent protéger, les commerçants qui doivent obéir ».

La cité romaine n'eut d'abord également que des fonctionnaires d'autorité; ils étaient tous magistrats *cum imperio*, c'est-à-dire qu'ils avaient : 1^o Le droit de prendre les auspices au nom du peuple romain (2); 2^o le droit au commandement militaire (3); 3^o le droit à la juridiction civile (4), administrative (5) ou criminelle (6); 4^o au *jus*

1. Voir ci-dessous, I^e partie; ch. II, section II, II, 2^o, § 2.

2. CICÉRON : *De legibus*, III. 3. 10.

3. CICÉRON : *De leg., agrar.*, II. 12.

4. CICÉRON : *De leg.*, III. 3. 8.

5. CICÉRON : *De leg.*, III. 3. 1.

6. GELL. XIII. 12. TITE-LIVE, III. 38,

edicendi (1) ; 5° au *jus concionem habendi* ; 6° le droit de prendre part aux jeux et sacrifices (2).

Ils étaient soumis au régime légal de l'élection.

Ces fonctions publiques demeurèrent à peu près telles dans tout l'Empire romain ; beaucoup cependant furent centralisées entre les mains de l'Empereur, en conservant toutefois leur caractère légal.

Mais les conquêtes romaines firent naître avec l'*ager publicus* le domaine de l'Etat qu'il fallut gérer ; de même, avec l'Empire, devinrent nécessaires une foule d'employés pour remplir les services nouveaux de gestion toujours plus nombreux, suivant une loi inévitable, et qui incombaient au chef de l'Etat. Or les employés destinés à la gestion de l'*ager publicus* ou des services administratifs furent d'abord des esclaves avec lesquels il n'y eut d'autre relation de droit que celle de propriété. Mais il fut indispensable, avec le développement des services, de confier ces tâches à des employés volontaires qui d'ailleurs les recherchèrent avidement. Ceux-ci n'eurent qu'un caractère privé (3) ; c'étaient en effet des domestiques de l'Empereur, car l'Empereur n'était considéré de ce chef que comme un particulier administrant la partie de l'Empire qui lui était confiée par le Sénat comme il administrait son patrimoine propre.

Leur caractère public toutefois s'accrut, sans que leur situation juridique cependant se fut modifiée. Les fonctions de gestion des services publics furent divisées en deux

1. TITE-LIVE : XXXVI. 3 et XXXVIII 9 ; CICÉRON : *ad familiares*. XI. 6. et Philippiques : 3, 9.

2. TACITE : *Annales*, XIII. 44. DIG. XLVIII. 2. L. XIII.

3. MISPOULET : *Les Institutions juridiques des Romains*. I. p. 279.

catégories : 1^o les procuratèles financières ou provinciales ; 2^o les emplois de la chancellerie impériale (1).

Les premiers sont chargés par l'Empereur ou un proconsul d'accomplir pour lui dans les provinces des actes juridiques qu'il ne peut plus faire en personne, par exemple la levée des impôts. Ce sont là des *procuratores* (2), c'est-à-dire des mandataires, la procuration étant une des formes du mandat en droit romain.

Les seconds (3), au contraire, n'ont jamais eu cette qualification (4) ; ils n'ont pas en effet de mandat, ils ne font rien pour l'Empereur et ils reçoivent une rémunération, un salaire de domestique ; au début même ils étaient choisis par les magistrats auxquels ils étaient attachés et disparaissaient avec eux (5) ; entre ces deux individus s'est établie une simple *locatio operarum* ; le même lien juridique a persisté quand le magistrat suivant a gardé les mêmes employés parce qu'ils étaient habitués à ce service administratif, et même quand ils sont devenus des *curatores* (6) tout à fait indépendants.

Fonctionnaires d'autorité soumis à un régime légal, fonctionnaires de gestion mandataires ou locataires de services, tel est le régime juridique de la fonction publique dans le droit romain.

1. En effet à côté des magistrats *cum imperio* s'éleva bientôt un nombreux personnel de *scribae*, *lictore*, *accensi*, *viatores*, *praecones*, etc., tous désignés par les expressions « *officiales* » ou « *apparitores* ».

2. MISPOULET : *op. cit.* p. 280.

3. Ils étaient divisés en 4 bureaux : *ab epistulis*, *a libellis*, *a memoria*, *a cognitionibus*.

4. Voir ci-dessus note 1.

5. MISPOULET : *op. et loc. cit.*

6. MISPOULET : *op. et loc. cit.* ex. : pour le service des eaux, des égouts, monuments publics, des routes, etc.

Nous verrons qu'il n'en est pas différemment dans notre droit actuel.

b) *Le droit français.* — C'est qu'en effet même notre droit public procède en partie du droit romain. « Rome, dit M. Gasquet (1), fut la maîtresse des nations modernes dans la science du gouvernement. Elle leur légua la notion de l'Etat... A Rome, l'Etat n'était pas seulement la collection d'individus vivant sous la même loi, c'était un être de raison, une entité visible à qui l'on dressait des temples et rendait un culte, qui était personnifié par l'Empereur et ses fonctionnaires, incarnation temporaire de cette divinité ». Là, le fonctionnaire est avant tout un dépositaire de l'autorité publique, comme tout prêtre l'est de l'autorité divine.

L'invasion des barbares apporte à la société romaine non pas le principe de la liberté, comme le croit Montesquieu, mais le désordre et l'anarchie exclusifs de toute liberté.

Cependant se trouvant en face d'une race civilisée, suivant une loi ethnique infaillible, les barbares se fondent avec elle en adoptant ses mœurs, ses usages, ses institutions. Ils gardent les cadres de l'administration qui les a précédés, s'efforcent de gouverner comme ceux qu'ils remplacent. Les traditions de gouvernement léguées par l'Empire, consignées dans ces monuments législatifs, deviennent l'idéal auquel tentent constamment de se conformer tous les souverains et en particulier Dagobert et Charlemagne.

Mais le levain d'anarchie, d'individualisme, négation de l'idée d'Etat, entrave à deux reprises ce mouvement, cause la chute des rois de la première race, et détruit l'autorité des rois de la seconde race par l'éclosion de la féodalité.

1. GASQUET : *Précis des Institutions sociales et politiques de l'ancienne France*, p. 1 et s.

Alors la notion d'Etat éclip­sée, le roi n'ayant plus qu'une autorité nominale et discutée, la fonction publique se réduit au seul service privé du prince; il n'y a plus que des relations de droit privé.

Mais, grâce aux légistes, inspirés par l'étude des codes de Théodose et de Justinien, et les invoquant sans cesse, la royauté nominale­ment héritière du pouvoir impérial, puis­que « le roi est empereur en France » lutta victorieusement, reconquit peu à peu le pouvoir effectif au profit de l'autorité centrale. Ce fut l'œuvre des rois de la troisième race.

Ainsi toute notre histoire, et en particulier celle de la fonction publique, est celle de la lutte de deux principes : 1^o Le principe romain d'autorité qui fait des fonctionnaires les dépositaires de la puissance publique participant à l'exercice de la souveraineté (1). 2^o Le principe germanique d'anarchie, qui fait des fonctionnaires des serviteurs privés d'un être, roi ou Etat, qui, lui-même, n'a de relation qu'en droit privé (2).

N'est-ce pas l'éternelle question qui se pose encore aujourd'hui en Allemagne entre les disciples de Hegel et les auteurs de la théorie fiscale de l'Etat, les premiers ne voyant partout que des fonctionnaires d'autorité, les seconds que des locuteurs de services ou des propriétaires de leurs charges ?

Ainsi, dans le très ancien droit, le roi franc a des fonctionnaires de deux origines différentes : ceux que lui a légués l'organisation romaine et ceux qui ont naturellement acquis ce caractère dans le développement de la royauté germanique.

1. Il s'est développé normalement en France, dans les temps modernes.

2. Le droit anglais est demeuré fidèle à cette théorie. Voir ci-dessous 1^{re} partie, chap. I., sect. I, § 2 et section III. II, § 3.

Les fonctionnaires d'origine germanique ont été d'abord des serviteurs privés : « On doit commencer par être échançon, dit Fustel de Coulanges, puis on devient référendaire, puis on est envoyé comme comte dans une cité » (1). Plus tard, on leur évita ce stage obligatoire dans le service privé du roi, mais leur caractère juridique n'en fut pas modifié (2).

Le chef german, en effet, chef de guerre, n'avait pas de gouvernement; donc il n'avait pas besoin de fonctionnaires; « on ne pouvait même imaginer, dit Sickel (3), qu'il put déléguer son autorité, tant son rôle était personnel et restreint. »

Mais, parmi ses compagnons de guerre, quelques-uns étaient préposés aux services de sa maison. Quand la horde se fixa sur un territoire déterminé qu'il fallut administrer, il devint nécessaire que le chef s'adjoignît des auxiliaires; il était naturel qu'il prît de préférence ses officiers domestiques qu'il avait sous la main. Cela d'ailleurs concordait bien avec l'idée que la conquête faisait du territoire conquis la propriété privée du chef, celui-ci l'administrait comme sa maison avec l'aide des mêmes officiers.

Ces premiers serviteurs qui devinrent des fonctionnaires furent le sénéchal, le maréchal ou connétable, le trésorier, le comte du palais, le maire du palais (*major domus*).

Ceux-ci demeurèrent des serviteurs privés en même temps qu'ils exerçaient des fonctions publiques : le sénéchal continua à surveiller la table du roi et à diriger tous les serviteurs en même temps qu'il devenait le chef de l'ar-

1. *La monarchie Franque*, p. 208.

2. SICKEL : *Op. cit.*, p. 337.

3. La question du caractère juridique de ces fonctions ne se posait que pour la revendication. V. RHEM, *op. cit.*, p. 12 et s.

mée ; le connétable (1), chef des écuries, fut élevé au rang de maître de la cavalerie.

A coté de ceux-ci, il y eut des serviteurs qui, délaissant le service domestique du roi, reçurent la fonction de gérer son domaine privé : ce furent les agents du domaine tels que les baillis chargés d'exiger pour le compte du roi les services féodaux, les prévôts qui percevaient l'impôt, etc.

Mais il y eut une autre classe qui, issue de la même origine, passa du service privé du roi au service public de l'Etat ; du vi^e au ix^e siècle elle nous montre une évolution constante de la fonction publique, du caractère de droit privé vers celui de droit public ; elle comprend les ducs, les comtes, les centeniers qui, d'abord compagnons du chef germain, recueillirent la succession des administrateurs romains.

C'est que, à côté des fonctionnaires d'origine germanique, il y en a d'autres qui sont un legs de l'organisation romaine et qui ont une délégation générale de puissance publique (2). A leur tête est le chancelier qui rédige les diplômes et les actes de souveraineté, c'est-à-dire les actes de la volonté royale (3). Sous ses ordres sont les ducs, comtes, vicaires (4), centeniers.

1. ET. PASQUIER : *Recherches de la France*, livre II, p. 111.

2. DALLOZ : Rep. alph., voir *fonction* ; HENRION DE PANSEY : *De l'autorité judiciaire*, ch. X.

3. HINCMAR : *De ordine palatii*, ed. Prou, ch. XVI, p. 43.

4. Quelques auteurs pensent que les vicaires sont non des agents du roi mais des agents des comtes. En effet les rois n'en parlent que comme serviteurs des comtes « juniores comitis ou minitri comitis » (concile de Châlons de 813 : SIRMOND : II, p. 312 : « Ministros comitum quos vicarios vocant » ; *Capitulaire de Lothaire* de 822, a. 18 dans BORETIUS : p. 319 ; *Capitulaire de 818*, a. 11 dans BORETIUS : p. 282 ; *Preceptum pro Hispanis* de 815 art. 1^{er} dans BORETIUS : p. 262. Tous ces textes s'adressent aux comtes ou à leurs agents » ; ils ne reçoivent d'ordres que des comtes (*Capitulaire de 884*, art. 9

Ceux-ci eurent d'abord un caractère privé ; ils étaient des *ministri regis* c'est-à-dire des « serviteurs privés du roi » (1). Mais ils devinrent vite des « agents d'exécution » pour les missions les plus diverses (2) ; enfin, héritant des attributions et du caractère public conféré par le droit romain à ses fonctionnaires, ils devinrent de véritables agents publics en gardant leur qualification de *minister* qui devient synonyme de fonctionnaire (3) et à laquelle on ajoute celle de *reipublicae* (4) pour bien montrer qu'ils ne sont pas les serviteurs du roi, mais ceux de l'Etat.

On les désigne aussi bientôt sous le nom de *judices*. Ce n'est pas à dire qu'ils ne sont que des fonctionnaires de justice, ce sont au contraire des agents généraux d'administration (5) ; *judez* signifie simplement « fonctionnaire d'autorité », parce que la justice dans les temps primitifs est une

dans PERTZ, I, p. 552) ; ils sont nommés par eux (FORMULAE MERKELIANAE. 51. ZEUMER : p. 259. ROZIÈRE, n° 886) et révoqués par eux. (HINCMAR : *epistola ad legem Ludovicum*, ed. Sirmond, II, p. 137). Cependant le roi les comprend généralement parmi ses « agentes publici » ou « ministri reipublicae » (*Capitulaire de carloman*, 884, a. 9, dans PERTZ, I, 52 : « vicariis atque centenariis ac reliquis ministris reipublicae ») et leurs offices sont royaux (*Capitulaire de Worms* 829. 2^e partie, a. 15. WALTER, II, p. 384.)

1. «Minister» a bien le sens d'esclave ou de domestique (TITELIVE : IX, 34 : « ad servorum ministerium » cf XXII, 25) comme le témoignent les expressions de « minister Falerni » (HORACE), « poculi minister » (ORELLI : Inscr. lat., n° 2.882), « minister Phrygius » (Martial). Voir : IHERING : *L'esprit du droit romain*, tome I, p. 259, trad. Meulenaere.

2. LOUIS-LUCAS, *op. c.* I, p. 18, note 43.

3. LOUIS-LUCAS, *op. c.* I, p. 10, n. 22 ; Cf : Constitut. 2 et 39 : De episcop. C. Theod. XVI. 2 ; Constitut. 121 : De decurion, C. Theod., XII.

4. *Capitulaire de Carloman*, 884, a. 9, dans PERTZ, I, 52. De même le deuxième traité de Mersen. a. 5 [WALTER : III, 36].

5. FUSTEL DE COULANGES : *La Monarchie franque*, p. 328 (2), p. 214 (3), p. 213.

des premières formes de l'autorité ; l'expression *judiciaria potestas* désigne l'administration tout entière. En effet les *judices* lèvent et commandent les soldats, font la police, rendent la justice, établissent des impôts, publient les lois et ordonnances, reçoivent les prestations de serment (1), tous actes de puissance publique.

Le caractère de droit public de la fonction s'affirme aussi de plus en plus à mesure que l'idée de l'Etat devient plus puissante (2) ; le fonctionnaire qui a la puissance publique ne parle plus au nom du roi mais au nom de l'Etat ; il n'entre plus avec le monarque dans un rapport de droit privé, il est nommé par un acte unilatéral de l'Empereur c'est-à-dire de la puissance publique. Ainsi pour les *missi*, d'après les textes, la nomination est une *legatio* (3). Ils exercent leurs droits de puissance publique non pas en vertu d'un accord de droit privé mais en vertu d'un lien de droit public. Ils n'ont pas cependant un droit propre à l'exercice de la souveraineté : ils ne tiennent pas en effet leurs prérogatives de la loi mais ils les reçoivent de la volonté libre de l'Empereur.

1. FUSTEL DE COULANGES : *Origines du système féodal*. Paris, 1890, p. 350 et s.

2. La preuve en est dans l'emploi de plus en plus fréquent que font les Empereurs dans leurs diplômes du mot Etat (*respublica*). Louis le Pieux dit dans un diplôme « quidam antecessorum nostrorum qui *republicam* tunc gubernabat. » [TARDIF : n° 135] Cf. BOUQUET : VI, p. 464, « omnibus *republicam* administratibus » et l'édit de PISTER de 864, a. 24 dans BOUQUET : VI, 367, « vos cui *respublica* ad gubernandum commissa est. »

3. *Capitulaire de 792*, a. 5, p. 65 : « de ipso pago istam *legationem* perficiant mini nostri » ; *Capitulaire de 808*, a. 7, p. 138 : « mini nostri qui hac *legatione* fungi debent » ; *Capitulaire de 825*, a. 2, p. 308 : « missi omnibus notum faciant qualis sit eorum *legatio*. » Lettre d'un missus à un comte, dans BORETIUS, p. 183 : « imperator in istis partibus injunctam habuit *legationem* suam. »

Le développement du caractère juridique de la fonction publique n'alla pas plus loin. Bientôt la décadence de l'Empire et de l'autorité publique s'annonce ; la notion de l'Etat s'efface, l'idée d'une souveraineté souvent distincte de ceux qui l'exerce et supérieure à eux, disparaît ; la distinction des services privés et des services publics élaborée par Charlemagne et ses prédécesseurs s'atténue ; le droit public de nouveau va se confondre avec le droit privé.

C'est que le fonctionnaire public est devenu trop puissant ; il a usurpé pour son profit personnel le pouvoir dont il devait user dans l'intérêt de l'Etat ; il va s'arroger le droit de le transmettre à ses enfants ou à des tiers et devenir un seigneur féodal indépendant.

Ce fait s'est produit sous l'influence de plusieurs causes qui remontent à l'époque des Mérovingiens, et dont les principales sont : 1^o *l'immunité* accordée d'abord à des propriétaires pour les mettre à l'abri des vexations de fonctionnaires cupides, puis à des fonctionnaires même, pour les soustraire à l'arbitraire des taxes de leur supérieur et du roi, par le paiement d'une redevance fixe, rompant ainsi le lien de droit de la hiérarchie administrative (1) ; 2^o *le bénéfice*

1. L'exercice de la fonction coûtait fort cher au comte : d'abord fréquemment il n'avait obtenu son comté qu'à l'aide de présents (GRÉGOIRE DE TOURS : *Hist. Franc.* III, 16 ; IV, 40 ; V, 48 ; VII, 43) ; puis il était responsable de la rentrée des impôts devant son supérieur par lequel il était directement taxé ; il se payait lui-même en prélevant une partie des impôts qu'il percevait (FUSTEL DE COULANGES : *Transformation de la Royauté*, p. 433) et cherchait à leur faire rendre le plus possible. Aussi on le regarde comme un spoliateur, et on cherche à se garantir de ses taxes par l'immunité royale (voir sa formule dans MARCUFLE, I, 3) qui interdit au comte l'entrée du domaine de l'immunisé, (MARCUFLE : I, 3) lui défend de juger les litiges nés entre deux parties appartenant au domaine privilégié, d'y percevoir les « *freda* », d'y saisir les fidejusseurs, d'y recevoir les impôts, qui sont versés directement au roi. Ainsi le pouvoir du

qui a attaché à la fonction publique des avantages immobiliers d'abord précaires puis permanents, a permis le patronage et favorisé l'assimilation de la fonction elle-même avec les avantages réels qui n'étaient d'abord que son accessoire (1) ; 3^o le *patronage* qui a permis aux comtes et ducs de s'attacher leurs subordonnés et leurs administrés par des liens personnels et de rompre ainsi, à leur profit, le lien hiérarchique qui unissait indirectement le roi et leurs agents secondaires (2).

fonctionnaire est restreint, mais ce n'est pas le roi, trop éloigné, qui en profite, c'est le titulaire de l'immunité qui devient indépendant.

1. Le bénéfice ou concession de terres ne fut d'abord que la rémunération du service rendu : le revenu du bénéfice était le salaire de la fonction. Aussi cessait-il en même temps qu'elle et l'expliquait-on souvent par le précaire du droit romain. La fonction devenant permanente, le bénéfice prit le même caractère. Il fit d'autre part l'objet de faveurs particulières en dehors de l'exercice de toute fonction publique. Aussi le mit-on également au premier plan dans le droit ; de là les différentes théories du droit réel de la fonction publique. Il devint irrévocable par suite du patronage et la nécessité pour les rois de choisir leurs fonctionnaires parmi les gros propriétaires de la province, plus tolérants envers les administrés, et offrant grâce à leur patrimoine plus de garanties pour la rentrée de l'impôt dans les caisses royales (*Edit de Clotaire*, de 614, a. 12, de BORETIUS : I, p. 22 ; *Edit de Childéric*, de BOUQUET : II, p. 613).

2. Le fonctionnaire se fait des fidèles en accordant à ses vicaires, échevins, centeniers, qu'il a le droit de nommer, des avantages immobiliers sur les terres dont sa fonction lui donne la possession. Les agents inférieurs ne sont plus des agents du roi, mais des agents du comte auquel seul ils obéissent parce qu'ils tiennent tout de lui. De même les habitants du comté, les gros propriétaires reçoivent des faveurs identiques. Les uns et les autres s'opposent à la révocation ou au déplacement du comte parce qu'ils perdraient tout avec lui. Les mutations de fonctionnaires deviennent impossibles : elles engendreraient la guerre civile entre les fidèles du comte actuel et ceux qui veulent prendre leurs places. Soutenus ainsi par leur intérêt personnel, celui de leurs administrés et de leurs subordonnés, le serment des uns et des autres, les comtes sont tout puissants et

Ces trois causes ont contribué à faire de la fonction publique une chose, et du fonctionnaire un propriétaire indépendant. « Les seigneurs de France, dit Loyseau, qui à l'origine n'étaient que de simples officiers ont usurpé la propriété de leurs charges et ont converti leurs offices en Seigneuries. Car en effet, il n'y a autre différence entre les Seigneuries et les offices, sinon que les Seigneuries ont la propriété et les offices la simple fonction ou exercice de la puissance publique » (1).

La fonction publique devient ainsi un droit propre, mais un droit privé; grâce à la théorie du bénéfice, c'est l'idée de la donation qui prévaut. Même l'idée du don précaire est remplacée par la thèse du don irrévocable dont le traité d'Andelot nous apporte déjà un écho (2) « l'idée de précarité et de révocabilité est, dit M. Viollet, évidemment battue en brèche par cette décision » (3). Ebroïn tenta de recouvrer l'entière disposition de la souveraineté et prononça de nombreuses révocations (4); mais après Charlemagne le mouvement reprend son cours. « Toute fonction publique, dit M. Luchaire, toute délégation de pouvoir tend à se transformer en fief héréditaire » (5). Charles le Chauve doit promettre à ses fonctionnaires de ne pas les destituer à

ne peuvent être révoqués : il en est de même à tous les degrés de la hiérarchie administrative,

1. LOYSEAU : *Des offices*, livre II, ch. I, p. 186, n° 24.

2. Traité d'Andelot en 587 : « Quicquid antefati reges ecclesiis aut fidelibus suis contulerunt aut adhuc conferre cum iustitia, Deo propitiante, voluerint, stabiliter conservetur » [dans BORETIUS : Cap. I, p. 14 — Cf. l'édit de Clotaire II de 614 dans BORETIUS : I, p. 23].

3. VIOLLET : *Histoire des Institutions politiques et administratives de la France*, éd. 1899. I, p. 448.

4. *Ex actis martyrii sancti Raguebert* dans BOUQUET : III, p. 619.

5. LUCHAIRE : *Histoire des institutions monarchiques*, 2^e éd. 1891. I, p. 910.

moins que ce ne soit par un jugement (1). En 877, par l'édit de Kiersy, il n'établit pas l'hérédité des fonctions déjà entrée dans les mœurs et dans les faits, mais promulgue quelques décisions relatives seulement au remplacement des comtes et vassaux qui décèderaient pendant son absence (2).

Ainsi de haut en bas de la hiérarchie administrative, le lien disciplinaire est devenu un rapport de vasselage (3). L'autorité publique n'est pas disparue ; mais le fonctionnaire en est maintenant le titulaire, et sa fonction est devenue une seigneurie (4).

Cette période troublée fait éclore des théories maintenant oubliées ou reprises aujourd'hui sous une autre forme, qui cherchent à expliquer la fonction publique avec les caractères nouveaux qu'elle présente.

La fonction s'est confondue avec le bénéfice ; c'est, dit-on, une *chose* qui entre dans le domaine privé et sur laquelle le fonctionnaire a un droit réel de *possession* ou de *propriété*. La théorie du droit *précaire* naît pour impliquer la révocation *ad nutum* ; en insistant sur le caractère de faveur qu'affecte la collation d'une fonction publique, on y voit une *donation* ; si l'on considère la redevance payée par le titulaire du bénéfice au monarque, on l'assimile au *louage de chose* ; enfin quand les fonctions publiques sont passées définitivement et irrévocablement dans le patrimoine privé du fonctionnaire, le droit de celui-ci est assez

1. « Nisi justitiae judicio et ratione atque aequitate dictante » (Capitulaire de 843, a. 3, dans PERTZ : *Leges*, I, p. 337).

2. C'est la thèse de M. E. BOURGEOIS : *Le capitulaire de Kiersy-s.-Oise*.

3. « La hiérarchie féodale, dit FUSTEL DE COULANGES, fut la continuation de la hiérarchie administrative » *Transformation de la Royauté*, p. 663.

4. ESMEIN : *Hist. du droit*, 3^e édit. 1898, p. 180.

fort pour être qualifié de *droit de propriété* acquis par vente ou héritage.

Ces différentes théories du droit féodal ont un écho dans les doctrines contemporaines, en particulier dans celle de M. Hauriou qui fait de la collation d'une fonction une concession sur le domaine public et dans celle de M. Laband qui se réclame d'ailleurs de la théorie féodale en appelant rapport de vassalité le lien qui unit le fonctionnaire à l'Etat.

Avec la féodalité, l'Etat a disparu ; la souveraineté s'est émiettée, la fonction publique s'exerce moins en vue de l'intérêt général que dans l'intérêt privé du fonctionnaire. Pour faire revivre l'idée d'Etat il fut nécessaire de restaurer la puissance publique en l'imposant aux anciens fonctionnaires devenus seigneurs indépendants et de créer un nouveau corps d'agents exécutifs sur des bases nouvelles. La première partie de ce programme fut l'œuvre parfois de la force, le plus souvent d'une habile diplomatie. La seconde fut le résultat d'une administration plus prudente et plus ferme.

Au ^x^e siècle, les officiers publics sont encore des féodaux ; au ^{xii}^e ceux dont la puissance portait ombrage au roi sont supprimés (1) ; au ^{xiii}^e les révocations sont déjà fréquentes ; en 1302, Philippe le Bel par des dépossessions violentes faillit causer une révolte ; Louis XI pour avoir usé sévèrement de son droit fit naître la guerre dite du Bien Public et dut promettre en 1467 qu'il n'y aurait plus de révocation sans jugement de forfaiture.

Charles VIII tourna la difficulté en créant les *commissions*. C'est là le point de départ de la théorie moderne de la fonction publique. En créant des fonctionnaires commissionnés,

1. Le cancellariat en 1185, le dapiférat en 1191.

soit qu'il transformât un office en commission (1), soit qu'à côté de l'officier, seigneur tout puissant gardant l'honneur et les avantages pécuniaires de la fonction, il plaçât un agent commissionné ayant le pouvoir effectif et l'influence réelle (2), le roi porta le dernier coup au régime féodal. En effet, au lieu de laisser la puissance publique entre les mains d'un propriétaire du sol ou d'un seigneur qu'on ne pouvait révoquer, le roi n'en conférait par la commission qu'une partie, avec un but déterminé et pour un temps fixé d'avance. Même donnée pour un temps illimité, elle demeura toujours essentiellement révocable : c'est pourquoi les auteurs la considèrent comme un *mandat* (3).

Cependant la royauté n'était encore ni assez forte ni assez riche pour résister à tous les assauts dont elle était l'objet. La théorie du *droit réel* reçut encore bien des applications : parfois on donna des charges à *ferme* pour assurer au trésor un revenu fixe ; les offices de finances restèrent même sous ce régime jusqu'à la Révolution ; pour se procurer des ressources, le roi pratiqua la *vente* des offices, avec clause de rachat, il est vrai, mais rarement l'état du trésor permit d'en user, si bien qu'on a pu dire qu'après l'édit de Paulet « les officiers du roi devenant, à la faveur des circonstances, propriétaires de leurs offices et les transmettant par héritage ou à prix d'argent, ce fut comme une seconde féoda-

1. « La royauté, dit Chéruel, s'efforça de transformer les offices héréditaires en simples commissions ou délégations temporaires données à des fonctionnaires qu'elle nommait ou révoquait à volonté. » *Dictionnaire des Institutions de la France*, v^o *offices*.

2. « Quand le roi se sentait gêné par les privilèges accordés à une charge, il créait un commissaire pour faire les fonctions de cette charge et n'en laissait que les honneurs au titulaire ». DARESTE : *La justice administrative en France*, 2^e édit. 1898, p. 227.

3. LOYSEAU : *op. cit.* liv. IV, ch. V, § 39, p. 461.

lité, mais moins dangereuse et moins embarrassante » (1).

Telle était la situation juridique des fonctionnaires au moment où éclata la Révolution française.

Sous l'influence des doctrines de l'école du droit de la nature et des gens, des théories du contrat social et en particulier de celles de Rousseau, l'Etat, relevé de son effacement, est devenu une entité qui dispose de la puissance publique et agit surtout par voie de commandement (2). Alors apparaissent les théories qui font de la fonction publique un acte unilatéral de puissance engendrant un rapport légal.

L'Etat jouit de droits absolus ; il a entre autres, celui de pouvoir obliger tout citoyen à le servir, ce dernier s'y étant obligé par le contrat social. C'est la théorie de la contrainte légale au service public, que le Bas-Empire avait connue, qui trouve un écho platonique dans la loi du 3-22 août 1790, et se voit défendue en France par Rousseau (3), en Allemagne par Malacord (4), Seuffert (5), Bischoff (6), Gønner (7).

1. DARESTE : *La justice administrative en France*, 2^e édit. 1898, p. 227.

2. Cependant beaucoup d'auteurs de cette école ramènent des règles de droit public à des contrats de droit privé et c'est ainsi que WOLFF, dans ses *Institutions du droit de la nature et des gens* applique la théorie du *louage de services* au fonctionnaire. [WOLFF, *Institutiones juris naturæ et gentium*. Halle, 1750, pars VII, § 895-925]. Cf NEUMANN : *Meditationes juris principium*, 1751, III, 2, § 237-246, p. 211.

3. ROUSSEAU : *Contrat social*, livre II, ch. IV, p. 55-56, éd. Dreyfus-Brissac. Paris, 1896.

4. MALACORD : *De publicis officiis absque justa causa ejusque legali cognitione non auferendis*. Göttingen. 1783 § 7, p. 8.

5. SEUFFERT : *Von dem Verhältnisse des Staats und der Diener des Staats gegeneinander im rechtlichen und politischen Verstande*. Wursbourg, 1798.

6. BISCHÖFF : *Handbuch der deutschen Canzley-Praxis für angehende Staatsbeamte und Geschäftsmänner*. Helmstadt, 1798. § 71, p. 190.

7. GØNNER : *Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkte des Rechts und der Nationalökonomie*. Landshut, 1808.

Mais au ^{xix}^e siècle le droit public se forme, et ses théories vont enfin être dégagées par les jurisconsultes : ce n'est plus dans les faits mais chez les auteurs qu'il faut chercher l'histoire des doctrines de la fonction publique.

D'abord les juristes enlèvent l'étude du droit public aux philosophes et aux politiques qui ne lui avaient fait faire aucun progrès. Les nombreux problèmes soulevés par les théories révolutionnaires s'agitent. Le droit administratif devient un droit spécial qui sort du principe de la séparation des pouvoirs posé par l'Assemblée Constituante et de la distinction des contentieux administratif et judiciaire résultant des lois de 1790 et de l'an VIII.

Mais, suivant les principes individualistes de la Révolution, le droit administratif n'apparaît d'abord que comme l'étude des restrictions aux droits individuels⁽¹⁾. Les auteurs ne voient pas les personnes administratives, n'étudient ni leur personnalité, ni leur caractère ; ils ne connaissent que les conseils et les autorités qui les représentent ; ils ne considèrent que le fonctionnaire et ignorent la fonction.

D'autres, au contraire, viennent qui, sous la rubrique de « matières administratives », exposent les règles de droit public en suivant la division tripartite des Institutes⁽²⁾, personnes, choses, modes d'acquérir. Leur étude des personnes les amène à étudier le caractère juridique de l'Etat. Mais d'une part ils laissent en dehors de leur cadre la puissance politique en tant qu'expression de la volonté des per-

1. C'est la méthode d'exposition de Macarel, GERANDO, CORNEMIN, CHAUMEAU, VIVIEN, et surtout de FOUCART qui fonde l'Ecole de Poitiers à laquelle M. DUCROCQ est resté fidèle. Ainsi ces auteurs, après l'étude de la propriété, placent celle de sa restriction : l'expropriation ; après celle de la liberté individuelle, celle du service militaire. — Cf HAURIUO : *De la formation du droit administratif français*, Paris 1893.

2. MM. BATBIE, DARESTE.

sonnes administratives, n'envisagent que les effets de droit privé de l'action de l'Etat et d'autre part, même dans l'étude des actes de gestion, ils ne rattachent pas la théorie des actes administratifs à celle de la personnalité. Ils ne sont pas ainsi conduits à étudier la fonction publique, lien juridique établi entre deux personnes.

C'est seulement depuis peu d'années que les auteurs français ont agité cette théorie de la fonction.

Les civilistes défendent la théorie ancienne du louage de services, d'accord sur ce point avec une partie de l'école civiliste allemande, la doctrine anglaise et avec la jurisprudence de la Cour de Cassation antérieure à 1880.

La jurisprudence administrative grâce au développement du contentieux et aux études qu'il suscite(1) a créé la théorie de l'*acte unilatéral*(2). Grâce à l'enseignement du droit public dans les facultés, ont été élaborées la théorie de la personnalité publique (3) qui permet à l'Etat, pour certains auteurs, de passer des *contrats administratifs* dont ferait partie la fonction publique (4), et la théorie de la souveraineté (5), qui crée au fonctionnaire un « *régime légal spécial* » (6). Enfin les progrès du droit administratif font

1. E. LAFERRIÈRE : *Juridiction administrative*, 2^e édit. 1896.

2. Qui est celle des Conflits, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation depuis 1880, mais avec une compréhension assez restreinte.

3. M. LARNAUDE : *à son cours* ; M. HAURIOU : *Droit public administratif*, p. 323 ; M. BERTHELEMY : *Droit administratif*, Paris, 1901, p. 38 et 514 ; M. MICHOD : *La notion de la personnalité morale* (*Revue du droit public et de la science politique*, de M. LARNAUDE, janvier-février 1899).

4. C'est la théorie de M. LAFERRIÈRE : *Juridiction administrative*, I, 619, 2^e édit. 1896.

5. M. ESMEIN : *Droit Constitutionnel*, 2^e édition 1899.

6. M. LARNAUDE : voir ci-dessous ch. II, section II, II., 2^e § 3 et M. HAURIOU : ci-dessous ch. II, sect. II, II., 1^o.

établir nettement la distinction radicale qui est la base et le fondement de tout ce droit entre la puissance juridique et la personne administrative(1), entre les actes d'autorité et les actes de gestion, entre les fonctionnaires qui commandent comme des souverains et ceux qui gèrent à l'instar des particuliers, les uns soumis à un *régime légal*, les autres liés par un *contrat de droit privé*(2).

C'est à l'examen de ces différentes théories, les unes mortes depuis longtemps, les autres actuellement défendues que sera consacrée notre étude.

1. M. DUCROCQ : *Droit administratif*, 6^e éd. II, p. 103-104, et : *De la personnalité en France du Saint-Siège* (*Revue Larnaude*, 1894, I, 47 et s.). M. BERTHELEMY : *Droit administratif*, p. 46 et s.

2. M. BERTHELEMY : *Droit administratif* p. 53.

PREMIÈRE PARTIE

Critique des différentes théories proposées.

CHAPITRE PREMIER

LES THÉORIES DE DROIT PRIVÉ

SECTION I

GÉNÉRALITÉS. — § 1. — *Intérêt à classer la fonction publique dans le droit public ou dans le droit privé.* — § 2. — *Les Ecoles de droit privé : le droit anglais et l'Ecole civiliste allemande.* — § 3. — *Principales théories de droit privé.*

§ 1. — *Intérêt à classer la fonction publique dans le droit public ou dans le droit privé.*

Le lien de droit qui unit le fonctionnaire à l'Etat peut être de droit public ou de droit privé. La solution de cette première question offre un vif intérêt.

En effet, à défaut des règles spéciales édictées dans les lois d'organisation administrative, on résoudra les conflits qui s'élèveront entre l'Etat et le fonctionnaire ou entre l'Etat et les tiers à propos de la fonction par l'application

des règles très précises du Code civil, si le lien est de droit privé, ou par celle des principes généraux du droit public, si le lien est de cette nature.

Ainsi un fonctionnaire est-il révoqué? Si nous sommes en droit privé, c'est-à-dire ici en matière d'accord contractuel, l'agent demandera l'application des règles sur la résiliation des contrats, pourra réclamer pour rupture intempestive une indemnité proportionnée au temps qui lui sera nécessaire pour trouver une autre situation (1). Si nous sommes en droit public, il n'aura qu'un recours en annulation pour violation de la loi et des droits acquis, et si la loi est respectée, il aura seulement un recours gracieux au ministre.

Lui refuse-t-on le paiement de son traitement? il aura dans le premier cas une action en paiement devant les tribunaux, qui lui sera refusée dans le second cas.

Commet-il une faute dommageable à un tiers? L'Etat sera responsable civilement de son fait dans les termes de l'article 1384, en droit privé ou bien il ne sera soumis qu'à une responsabilité volontaire et spéciale de droit public.

Ces solutions s'appliquent non seulement pour le fond du litige mais encore pour la compétence, qui est judiciaire, si nous sommes en droit commun et administrative si c'est une question de droit public (2).

Enfin si le fonctionnaire a contracté dans les termes du droit privé, il est soumis au droit commun des employés, c'est-à-dire qu'il jouit du droit d'association et de coalition, sauf les mesures restrictives qui peuvent y être apportées

1. C. Civ. a. 1780 (Loi 27 décembre 1890.)

2. M. MICHOUX estime cependant que les deux solutions ne sont pas liées : *De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents* (Revue du droit public et de la science politique 1895. I. p. 401 et s., II. p. 1 et 251).

par la loi. Au contraire, si la fonction est un lien de droit public, le rapport de puissance qui s'établit entre elle et l'Etat, exclut ces libertés (1).

1. Il est un intérêt qu'on a voulu voir dans cette question et qui, à notre sens, n'existe pas : c'est celui de savoir à quel moment commence la fonction. On a dit : si le lien est le droit privé, de droit contractuel, car ici les deux idées correspondent, pour que le citoyen devienne fonctionnaire, il faut son consentement formel par une lettre d'acceptation ou au moins tacite par suite d'actes exprimant sa volonté de devenir fonctionnaire : C'est l'opinion des partisans de la théorie contractuelle comme LABAND : *Deutsches Staatsrecht*, I, p. 404) et SEYDEL : (*Baierisches Staarecht*, II, p. 194). Mais si au contraire le lien est de droit unilatéral, il n'y a pas de consentement à exprimer de la part du fonctionnaire, donc les effets de la nomination commenceront de plein droit le jour de la signature du décret ou de l'arrêté de nomination (*sic* : BLUNTSCHLI : *Théorie générale de l'Etat*, trad Riedmatten, p. 461. En ce sens voir une décision de la Cour suprême de justice des Etats-Unis contre le Président Jefferson prétendant que la nomination ne donne aucun droit tant que le fonctionnaire n'a pas reçu une expédition en la forme du décret qui le nomme. STORY : III. 37, § 120]. Cet intérêt se présenterait particulièrement au point de vue du traitement et de la responsabilité des actes faits entre la nomination et l'acceptation ou la prise de possession du poste.

Mais cet intérêt n'existe pas. En effet, même avec la théorie du contrat la nomination rend la collation de fonction parfaite, car, avant sa nomination, le fonctionnaire a déjà exprimé sa volonté d'être nommé, il a dû faire une demande peut-être subir un concours ; il y a toujours sollicitation de services, donc le contrat est parfait par l'acceptation de ces services que l'Etat manifeste par la nomination.

A plus forte raison en est-il ainsi avec la théorie de l'acte unilatéral de droit public puisque le fonctionnaire n'a pas du tout de volonté à exprimer.

La loi exigeait autrefois que l'installation du fonctionnaire ait été faite, pour que celui-ci jouisse des prérogatives attachées à cette qualité (voir pour les maires les a. 1 et 8 de l'arrêté du 19 floréal an VIII et l'a. 2 de la loi du 5 mai 1855) et la jurisprudence a longtemps distingué très nettement la nomination de l'installation (Conseil d'Etat, 20 juin 1867). Mais l'installation ne comprenait en

§ 2. — *Les écoles de droit privé : le droit anglais et l'école civiliste allemande.*

Deux influences contribuent à ramener les règles de droit administratif aux dispositions du droit civil : c'est d'une part le désir de traiter les personnes administratives comme les personnes physiques sur le pied d'égalité, désir que manifeste l'opinion publique anglaise, et d'autre part la nécessité de baser les solutions juridiques sur des textes précis qu'on ne trouve que dans le droit privé et dont se prévalent les jurisconsultes allemands et français.

réalité, comme formalité essentielle et principale, souvent même unique, que le serment de fidélité à la Constitution; la loi du 21 nivôse an VIII relative aux fonctionnaires publics de tout ordre ne leur imposait comme condition préalable de leur entrée en fonction que le serment public, et l'installation n'avait pour but que de donner plus de solennité à ce serment (Cf., a. 1 à 8 de l'arrêté du 19 floréal). Or le décret du 5 septembre 1870 supprime le serment politique; la formalité de l'installation devient donc sans objet; aussi tombe-t-elle en désuétude sauf dans certains corps où d'ailleurs elle n'est plus une formalité légale puisque les lois récentes se taisent à son sujet. Ainsi la Cour de cassation a jugé qu'un magistrat non installé a le droit de juger (Cass., 6 juin 1882, D. 83, 1, 33) et que, même sans qu'il ait prêté serment, il a les obligations de la fonction (Cass., 6 novembre 1896, Pandect. fr. 1898, 1, 222).

On ne peut donc dire aujourd'hui que l'installation touche à la question de savoir à quel moment commence la fonction.

En réalité la question se règle administrativement par ce fait que les nominations portent généralement « pour prendre possession de son poste le... » Jusque-là le fonctionnaire a bien la qualité d'agent de l'État en ce sens que les injures qui lui seraient adressées seraient considérées comme des injures à un fonctionnaire, mais il ne peut exercer la fonction qu'à la date fixée et c'est de cette date seulement que partent les effets attachés à l'exercice de la fonction. (En ce sens : G. MEYER : *Lehrbuch des deutschen Staatsrecht*, 1895, p. 447; SCHULZE : *Deutsches Staatsrecht*, 1, p. 320; ZORN : *Staatsrecht*, 1895, p. 310. Cf., Cassation, 19 novembre, 1874, D., 75. 1, 329 et S., 75. 1. 43.)

En Angleterre il n'y a pas de « droit administratif » cette expression y est même inconnue (1) ; le droit public est basé sur les principes fondamentaux du droit privé et n'en est pas différent (2). Aussi ne saurait-il être question de chercher ailleurs que dans le droit privé la théorie de la fonction publique. Le principe de l'égalité de traitement des personnes physiques et des personnes administratives s'oppose à la création d'un droit spécial pour le fonctionnaire (3) ou à l'attribution à l'Etat, même vis-à-vis du fonctionnaire, de droits plus puissants que ceux d'un particulier vis-à-vis de son employé (4). Il n'y a ainsi entre l'Etat et le fonctionnaire qu'un lien de droit commun, un lien de droit privé.

1. « The absence from our language of any satisfactory equivalent for the expression « droit administratif » is significant; the want of a name arises bottom from our non recognition of the thing itself. In England and in countries which, like the United States, derive their civilisation from English sources, the system of administrative law and the very principles on which it rests are in truth unknown. » DICEY : *Introduction to the law of the Constitution*, London 1889, 3^e édit, p. 304.

2. « If the matter be looked at carefully it will be found that, just as rules which at first sight seem to belong to the domain of private law are in reality the foundation of constitutional principles, so topics which appear to belong manifestly to the law of the constitution depend with us at bottom of the principles of private or of criminal law. » DICEY : *Introduction*, p. 264

3. Ainsi Dicey fait de la responsabilité ministérielle même, une application de ce principe dominant des lois anglaises, qu'il est défendu d'agir d'une façon injustifiée par la loi. DICEY : *op. cit.*, p. 264.

4. « Among modern Englishmen the political doctrines which have in France created the system of « droit administratif » are all but unknown. Our law bears very few traces indeed of the idea that, when questions arise between the state or, as we say, the Crown and private persons, the interests of the government should be in any sense preferred... » DICEY : *op. cit.*, p. 322.

Sur le continent au contraire, en Allemagne comme en France, il y a un droit public spécial différent du droit commun. Mais d'une part leur domaine respectif n'est pas réellement établi ; suivant leurs tendances, les auteurs rendent plus ou moins large le cadre du droit privé en ramenant une partie du droit administratif à des règles de droit commun. D'autre part les règles du droit public positif ne sont que fort peu nombreuses, par suite de la fondation récente de l'Empire en Allemagne, et de l'absence de préoccupations théoriques dans les lois françaises d'organisation administrative ; la plupart de celles qui sont appliquées ont été établies en Allemagne par les auteurs de droit public, en France par les tribunaux administratifs ; les uns et les autres ne pouvaient trouver de bases solides à leurs théories ou à leurs décisions que dans les textes positifs du Code civil. Aussi ont-ils transporté beaucoup de règles de droit privé dans le droit public.

En Allemagne, l'école civiliste a réagi contre l'école historique. Pour la première, l'Etat est, en toute circonstance, une personne morale ; il demeure toujours dans le cercle du droit privé. L'Etat, pour ces auteurs, c'est le fisc suivant la conception romaine : « toutes les fois, dit Von Rönne, que l'Etat est envisagé comme une association productive pour se procurer les moyens nécessaires à la marche des services publics, il s'appelle fisc et acquiert des droits et des obligations suivant les règles du droit commun » (2). Ainsi, pour Primker, « l'Etat se présente comme fisc.... lorsqu'il conclut par ses fonctionnaires les contrats et actes juridi-

1. Voir ci-dessous, II^e partie, ch.

2. RÖNNE. *Staatsrecht des preussischen Monarchie*, 3^e édit., Berlin, 1883, t. III, p. 583, Cf. PILOTY : dans les *Hirth's Annalen*, 1888, p. 263 ; ZACCHARIAE : dans la *Zeitschrift für Staatswissenschaft*, 1863, p. 620 et s. ; LÖNING : *Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seinen Beamten*, 1879, p. 93.

ques nécessaires à l'administration, à la mise en œuvre et à l'utilisation de ses diverses administrations ». Or si l'Etat prend des fonctionnaires, c'est pour diriger cette association de coopération (1) ; c'est donc le fisc, personne de droit privé, qui entre en relation avec une autre personne de droit commun ; leurs relations ne sauraient donc être que de droit privé.

Cette conception paraît singulière en Allemagne où l'école historique a au contraire exalté la puissance publique pour servir la cause de l'Empire, mais elle se justifie cependant par l'influence prépondérante exercée chez les Allemands par le droit romain qui, dans l'Etat, ne personnifie que le fisc, et par une réaction contre les exagérations des Etatistes.

Il semble bien que la jurisprudence et la législation aient consacré cette opinion, car la voie de droit est ouverte au fonctionnaire pour obtenir le respect des engagements pécuniaires pris à son égard par l'Etat (2) ; et, pour statuer sur elle, c'est le tribunal judiciaire, de droit commun, qui est compétent (3).

En France, où cependant les études de droit public sont moins nombreuses qu'en Allemagne, la théorie du lien de droit privé n'a que peu de partisans et la jurisprudence civile qui l'a parfois appliquée s'est aujourd'hui inclinée devant la jurisprudence administrative qui la repousse en toute circonstance (4). Cependant le désir des juristes d'as-

1. Cf. HAURIOU : *La gestion administrative*. Paris, 1899.

2. Loi prussienne du 24 mai 1861 §§ 1 à 8 ; lois fédérales du 31 mars 1873, § 149 et du 17 juillet 1887, § 34 ; loi Wurtembergoise du 16 décembre 1876, § 2.

3. Loi d'Empire du 31 mars 1873, § 152.

4. Voir ci-dessous, ch. II, section II, § 2, II, D. Voir le type de ces jugements dans la décision du tribunal de Tunis, 9 avril 1894. [*Revue algérienne*, 1894, p. 374.]

seoir leur théorie sur des bases solides à fait partager par quelques auteurs de droit civil la conception allemande (1).

§ 3. — *Principales théories de droit privé.*

La fonction publique (*lato sensu*) qui est la principale pour l'Etat, celle qui lui permet de subvenir à toutes les autres, c'est la perception de l'impôt. Aussi est-elle née des premières. Comme le collecteur d'impôt, au début, se paie lui-même grassement sur les sommes perçues, car il est responsable de la rentrée de l'impôt, sa fonction a été vite considérée comme une *chose* à exploiter, et par suite on a envisagé le droit du fonctionnaire sur la fonction, comme un *droit réel*. Le prince en concède l'exploitation à titre temporaire et irrévocable, on assimile alors la fonction au *précaire* du droit romain ; quand le retrait ne peut plus s'opérer et que la concession est irrévocable, sauf dans les cas graves comme l'ingratitude manifeste, on dit que c'est une *donation*. Insiste-t-on sur ce fait que le monarque tire profit de la concurrence des candidats aux fonctions publiques pour se faire payer leur collation et recouvrer en partie ce qu'il perd dans la perception ? on dit que, de même qu'il loue son domaine privé, de même il donne à bail ce domaine public dont fait partie la fonction : c'est un *louage de chose*. Si au lieu de se faire verser une redevance annuelle, il exige une somme unique qui, une fois versée, donne l'usage viager de la fonction au titulaire, on dit qu'il y a vente d'*usufruit*. Enfin quand le droit réel du fonctionnaire devient encore plus fort et que la révocation n'est plus

1. BAUDRY ET WAHL : *Traité du louage*, II, n° 1.212, p. 86 ; PERRIQUET : *Des contrats de l'Etat*, 1^{re} édit., p. 222 ; DARESTE : *la justice administrative*, éd. 1898, p. 329-330 ; GAUTIER : *Revue critique*, 1882, p. 22 ; BREMOND : *Revue critique*, 1891, p. 132.

admise que sous la forme de rachat, on accorde au titulaire de la fonction un véritable *droit de propriété*.

Pour toutes les fonctions que le souverain a pu soustraire à cette réalisation, soit qu'il les ait conférées à ses serviteurs privés qui conservent ce caractère, soit qu'il crée de nouvelles fonctions en assimilant les nouveaux titulaires à ses domestiques, il y a identité entre le service privé du roi et le service public de l'Etat; le fonctionnaire, comme le serviteur a gage, contracte un *louage de services*. Quand le souverain délègue ses pouvoirs par une commission, on dit qu'il y a *mandat*.

Précaire, donation, louage de chose, transfert de propriété, louage de services ou mandat, ce sont autant de cadres juridiques dans lesquels on a voulu faire entrer la fonction publique. Comme chacune de ces théories soulève des objections, il était fatal, comme pour tous les contrats qu'il est difficile de classer, que quelqu'un en fît un *contrat innommé*.

Notre exposé des théories de droit privé doit comprendre deux points à développer :

1° L'un leur est commun à toutes : c'est cette conception qui fait de la nomination à une fonction publique un contrat ou plutôt la manifestation d'un accord de volontés ;

2° L'autre est l'exposé des différents liens juridiques créés par le contrat et qui peuvent être ou un droit sur une chose ou des obligations personnelles.

SECTION II

Le contrat de droit privé en général.

Les auteurs de droit privé pensent que le lien juridique qui unit le fonctionnaire à l'Etat est le résultat d'un contrat, c'est-à-dire d'un accord de volontés unies dans un même but juridique. On y trouve, dit-on, tous les éléments d'un contrat : consentement libre, capacité de contracter, objet dans le commerce ou fait licite.

En effet, entre le fonctionnaire qui adresse à l'Etat une demande d'emploi, qui pour cela parfois subit un concours, et l'Etat lui-même qui l'accepte comme employé, il y a bien un accord de volontés, un consentement réciproque.

Ce consentement est entièrement libre. « Le prince, dit Von der Becke (1), ne peut forcer personne contre sa volonté à se charger d'un office..... Il prépose donc à l'office celui qui consent à l'administrer..... » Il n'y a pas d'obligation légale à la fonction publique, sauf dans certains cas, qui ne rentrent pas dans notre étude parce qu'il s'agit de citoyens qui ne remplissent qu'accidentellement ces fonctions et qui ne font pas partie de la hiérarchie administrative. Or il n'y a d'obligations juridiques que celles inscrites dans la loi ; elles s'interprètent restrictivement, on ne saurait en créer d'autres, sans sortir du droit, que par la voie du contrat, par libre consentement.

Le fonctionnaire n'a pas seulement son entière liberté

1. VON DER BECKE : *Von den Staatsämtern und Staatsdienern*. Heilbronn, 1797, 1^{re} partie § 14, p. 36, cité par RHEM, *op. cit.*, § 16.

quand il devient fonctionnaire, mais il la conserve même durant sa fonction : il est libre à tout moment de donner sa démission, même dans les circonstances où sa présence serait le plus nécessaire pourvu qu'il n'y mette pas de mauvaise foi. On l'admet du moins généralement (1).

La meilleure preuve enfin que le fonctionnaire devient tel par libre consentement et non par contrainte de la puissance publique, c'est que cette contrainte ne pourrait avoir effet que sur des nationaux ; la puissance publique, la souveraineté expirent aux frontières et n'ont qu'un effet restreint sur les étrangers résidant sur le territoire français ; or, des étrangers peuvent être fonctionnaires non seulement en dehors des frontières, comme cela arrive fréquemment pour les consuls choisis parmi les habitants du pays où siège le consulat, mais encore en France où par exemple Rossi, comte italien, professa le droit constitutionnel.

En second lieu, les deux parties en présence sont capables de contracter : le fonctionnaire et l'Etat sont des personnes, c'est-à-dire des sujets de droits, ayant la capacité légale ; l'un en jouit comme tout individu qui n'est pas déchu de ses droits civils, l'autre comme personne morale pouvant passer aussi bien des marchés de travaux publics que des contrats de fonction publique.

C'est sur ce point cependant qu'on a fait les plus graves objections : on a dit : l'Etat commande, le sujet obéit, il ne peut donc y avoir entre les deux parties de rapports contractuels, c'est-à-dire des rapports d'égalité, il ne peut y avoir que des rapports de subordination.

Ainsi présentée d'une façon générale, l'objection est fausse. En effet, comme l'ont fait remarquer des auteurs de droit privé, l'inégalité de situation n'empêche pas de con-

1. *Contrà*, LÖNING : *Lehrbuch*, p. 134, note 1.

tracter. Ainsi l'Etat passe bien avec l'entrepreneur un marché de travaux publics et cependant le premier dispose parfois de la puissance souveraine, l'autre, comme tout citoyen, a souvent le devoir d'obéissance. Malgré cela, dans le marché de travaux publics, l'Etat s'oblige à une contre-prestation à laquelle il pourrait être condamné s'il se refusait à l'exécution. C'est qu'en effet une personne peut fort bien contracter avec une autre malgré qu'elle soit sous la dépendance de celle-ci à un autre point de vue. Nierait-on que le fils de vingt-quatre ans, sous la dépendance de son père, quant au mariage, et cependant civilement majeur, puisse passer avec son père un contrat de vente? La situation du citoyen est identique à celle du fils : il doit obéir à l'Etat quand celui-ci fait des actes de puissance publique, il peut contracter avec lui quand l'Etat fait des actes de gestion des services publics.

La troisième condition de tout contrat c'est que l'accord porte sur un objet licite ; or l'objet d'un contrat c'est la création d'obligations personnelles ou le transfert de droits réels. Pour les théoriciens qui voient dans la prérogative du fonctionnaire un droit réel, l'objet du contrat de fonction publique c'est la possession ou la propriété de la fonction ; pour ceux qui envisagent la fonction comme un rapport personnel, ce sont les obligations contractuelles qui contraignent l'Etat à verser un traitement, une pension, à protéger l'exercice de la fonction, qui imposent au fonctionnaire les devoirs de remplir sa mission avec zèle, de garder le secret professionnel, d'obéir aux ordres hiérarchiques. Des deux côtés ces obligations sont parfaitement licites et ne violent ni l'ordre public ni les bonnes mœurs.

Ainsi se trouvent réunies les trois conditions essentielles de tout contrat : entre le fonctionnaire qui a demandé un emploi et l'Etat qui le lui accorde, il y a un accord de volontés : le consentement de chacune des parties libre est

puisqu'il n'y a pas de contrainte légale au service public ; il porte sur un même objet juridique licite et déterminé (1) : la possession d'une fonction ou la création d'obligations réciproques avec délégation du pouvoir nécessaire pour les accomplir.

L'acte officiel qui constate cet accord, c'est l'acte de *nomination*. « L'Etat, écrit Vivien (2), par la nomination d'un fonctionnaire *contracte* des engagements ». Unilatérale en la forme comme la promulgation d'une loi, la nomination ne fait que rendre publique la collation de la fonction qui reste contractuelle dans son fondement.

Telle est la base de toutes les conceptions de droit privé. Cette théorie du contrat défendue en France par MM. Dareste (3), Perriquet (4), Baudry-Lacantinerie et Wahl (5), Sanlaville (6), Cazalens (7), Gautier (8), Brémont (9), a été

1. Il y a bien, dit Perriquet « *duorum consensus in idem placitum* » *Contrats de l'Etat*, 1^{re} édit., p. 222.

2. VIVIEN : *Etudes administratives*, 3^e édit., 1859, T. I, p. 182, c. f. p. 233. « Après les formalités préliminaires le *contrat* qui s'est formé entre l'Etat et le fonctionnaire commence de s'exécuter ».

3. DARESTE : *La justice administrative*, 2^e édit., 1898, p. 329-330 et 504.

4. PERRIQUET : *Les contrats de l'Etat*, 1^{re} édit., p. 222 : « Entre l'Etat et les fonctionnaires ou employés qui le servent il est bien impossible de nier l'existence d'un lien contractuel, malgré la forme plus ou moins solennelle que revêt l'acte de nomination, il y a là avant tout « *duorum consensus in idem placitum* ».

5. BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL : *Traité du louage*, II, n^o 1212, p. 36.

6. SANLAVILLE : *Du droit à une pension de retraite* dans la *Revue générale d'administration*, 1885, I, p. 270 : « Lorsque l'Etat agréé les services d'un citoyen et le fait ainsi coopérer à l'administration des intérêts généraux du pays, un *contrat* se forme entre l'Etat et le nouveau fonctionnaire. »

7. Conclusions comme commissaire du gouvernement près le tribunal des conflits, 27 décembre 1879, S. 81. 3. 36 et s.

8. *Revue critique*, 1882, p. 22.

9. *id.* 1891, p. 132.

sanctionnée par de nombreux arrêts de jurisprudence (1). En Allemagne (2) elle a été soutenue par Kress (3), Harpprecht (4), Wolff (5), Neumann (6), Haller (7), Struben (8), Schenk (9), Westphal (10), Von der Becke (11), Leist (12), Jordan (13), Meisterlin (14), Gierke (15), Hänel (16) et, avec

1. Cass., 30 octobre 1886, D., 87. 1. 507 ; Paris, 11 déc. 1865, Pand., chr. IV. 2. 116 ; Lyon, 3 fév. 1872, S., 74. 2. 119 ; Villefranche, 1^{er} février 1873, D., 73. 3. 96. Marseille, 2 août 1878 et Alais, 14 août 1878, S. 79, 2. 78.

2. Voir l'historique de cette théorie en Allemagne très longuement exposé dans RHEM : *op. cit.*, p. 18-92.

3. KRESS : *Dissertatio juridica de jure officiorum et officialium* Helmstadt, 1732, chap. II, § 15, p. 33. (Voir RHEM, *op. cit.*, p. 29 et s.).

4. HARPPRECHT : *Responsa juris criminalia et civilia*, Tubingen, 1701, T. IV, p. 720.

5. WOLFF : *Institutiones juris naturae et gentium*, Halle 1750, partie VII, § 895 et s.

6. NEUMANN : *Meditationes juris principum*, Francfort, 1751, lib. III, titre II, § 237 et s., p. 211. (Voir RHEM : *op. cit.*, p. 31).

7. HALLER : *Restauration der Staatswissenschaften*, Wintherthur, 1817, II, p. 139.

8. STRUBEN : *Rechtliche Bedenken*, 3^e édit., Hanovre 1827, II, n° 423.

9. SCHENK : dans l'*Allgemeine Polizei und Justizfama*, de Hartleben, 1815, p. 34-43.

10. WESTPHAL : *Deutsches Staatsrecht*, 1784, p. 171 (cité par RHEM, *op. cit.*, p. 39).

11. FRANZ ARNOLD VON DER BECKE : *Von den Staatsämtern und Staatsdienern*, Heilbronn, 1797 (dans RHEM, *op. cit.*, p. 58).

12. LEIST : *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, Göttingen, 2^e édit., 1805, § 117 et s., p. 360.

13. JORDAN : *Lehrbuch des Allgemeinen und deutschen Staatsrechts*, 1831, I, § 72.

14. MEISTERLIN : *Die Verhältnisse des Staatsdiener nach rechtlichen Grundsätzen*. Cassel 1838. (Voir RHEM : *op. cit.*, p. 86-92).

15. Dans le *Rechtslexicon* de Holtzendorff, 3^e édit., Leipzig, 1881, II, p. 54.

16. HÄNEL : *Deutsches Staatsrecht*. Leipzig, 1892, I, 155.

des tendances plus ou moins caractérisées vers le droit public, par Laband (1), et son école, Rhem (2), Welker (3), Sarwey (4), Wielandt (5); en Italie, Miceli (6) et Meucci (7), sont les auteurs les plus importants qui s'en soient fait l'écho; en Angleterre Dicey (8) et Goodnow (9) adoptent cette théorie du droit commun.

SECTION III

Le lien juridique créé par le contrat de droit privé.

Nous avons vu que le lien juridique créé par le contrat était, pour certains auteurs, un droit sur une chose : la

1. LABAND : *Staatsrecht des deutschen Reiches*, I, p. 385 ets.

2. RHEM : *Die Rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht* — dans les *Annales de Hirth*, 1884-1885. Un tirage spécial a eu lieu des deux articles et figure à la bibliothèque de la Faculté de droit de Paris dans les thèses de Munich, sous le n° 45.313¹⁵.

3. WELKER : Article *Staatsdienst* dans le *Staatslexikon* de Rotteck et Welker, 3^e édit., Leipzig, 1865, T. XIII.

4. SARWEY : *Staatsrecht des Königsreichs Württemberg*, Tübingen, 1883, II, p. 276.

5. WIELANDT, *Staatsrecht des Grossherzogthums Baden* (*Recueil de Marquardsen*, 2^e éd. 1895, III. 1. 3, p. 119.

6. E. MICELI : *Le garantigie dei funzionari pubblici*, Catane, 1897, p. 63 et s.

7. MEUCCI : *Inst. di diritto amministrativo*, I^{re} partie, sect. II, ch. V, a. 2; *Della responsabilita indiretta delle amministrazioni pubbliche* dans l'*Archivio Giuridico*, T. XXI, 1878, p. 341, 359, 362.

8. DICEY : *Introduction to the law of the constitution*, 3^e éd. 1889, p. 323.

9. GOODNOW : *Comparative administrative law*. New-York. London, 1893.

fonction, pour d'autres, crée des obligations personnelles réciproques entre le fonctionnaire et l'Etat. Nous grouperons donc les différentes théories de droit privé sous deux chefs :

I. Les théories du droit réel.

II. Les théories du lien personnel.

I. — *Les théories du droit réel né du contrat de droit privé.*

« Le droit de la fonction publique, dit M. Hauriou, s'est toujours orienté du côté du droit réel » (1).

Il faut constater en effet que cette tendance à la réalisation de la fonction, sans être aussi constante que l'indique M. Hauriou, se produit fréquemment dans la vie des Etats : d'abord à l'origine, souvent aussi dans les crises anarchiques qui, comme la période féodale, sont un retour vers les institutions primitives, parfois enfin dans les Etats parvenus à leur dernier degré de développement et se refusant le droit de révocation pur et simple de leurs fonctionnaires.

Elle résulte de cette conception que l'Etat est une chose publique, propriété de celui qui l'administre (2) ; la puissance publique se décompose en des parcelles multiples dont chacune est une fonction publique qui a pour propriétaire son titulaire.

Cette idée est celle des peuples primitifs : l'homme dit Novicow (3) est un parasite qui après avoir vécu des résér-

1. HAURIOU : note sous Conseil d'Etat, 13 décembre 1889. S. 92. 3. 18.

2. HAURIOU : *Précis de droit public et administratif*, 3^e édit. 1897, p. 327.

3. NOVICOW : *L'Etat considéré comme propriété* dans la *Revue politique et parlementaire*, 1894. II. 54. « Trop ignorant, ajoute Novicow, pour comprendre les avantages de la symbiose entre

ves accumulées par les plantes et les animaux a trouvé encore plus avantageux de pratiquer le parasitisme aux dépens de ses semblables. Aussi après la chasse, la guerre en bandes sous la conduite d'un chef devient le mode normal d'acquisition de la richesse (1) ; la conquête d'une tribu fixée sur un territoire a pour conséquence l'appropriation privée, et des habitants qui deviennent esclaves, et du territoire qui devient propriété particulière des vainqueurs. « Le chef considérait alors si bien sa conquête comme une propriété qu'il la partageait entre ses enfants ou la léguait à des étrangers. L'Etat est donc le domaine d'un chef de bande » (2) ; le pouvoir, la souveraineté est patrimoniale (3), comme le territoire sur lequel règne le chef. Ce pouvoir se divise pour s'exercer en de nombreuses fonctions : chacune d'elles partie d'un bien patrimonial reste dans le patrimoine privé du prince qui en dispose à son gré (4) et peut le faire passer dans le patrimoine d'un de ses compagnons. C'est ce qui arriva chez nous lors de la conquête franque.

Cette appropriation privée peut diminuer à mesure qu'on s'éloigne de la conquête et que les individus prennent conscience de leurs droits : généralement la coopération

tous les hommes, il lui sembla que le procédé le plus rapide pour atteindre la richesse consistait à s'emparer des biens du prochain. Aussi dès la plus haute antiquité l'erreur ctésodehonique régna sans partage. »

1. Sur la chrématistique naturelle voir le cours d'histoire des doctrines économiques de M. Deschamps, professé à la Faculté de droit de Paris, en 1897-1898.

2. NOVICOW : *op. et loc. cit.*

3. FUSTEL DE COULANGES : *La monarchie franque*, p. 45 et 125 ; ESMEIN : *Histoire du droit*, édit. 1898, p. 63-64.

4. ESMEIN : *op. cit.*, 3^e édit., p. 140 ; BRUNNER : *Deutsche Rechtsg.* II, p. 154 ; ROTH : *Beneficialwesen*, p. 330 et s.

sociale l'emporte sur le parasitisme ; une interdépendance économique s'établit entre tous les habitants vainqueurs et vaincus, sous la protection bienveillante d'un gouvernement assez fort pour empêcher la dissociation politique, assez libéral pour favoriser le développement de l'individu. Alors on arrive à concevoir l'Etat comme une abstraction qui résume les droits de tous et cependant est au dessus du droit de chacun, à envisager la fonction publique comme l'exercice impersonnel des droits de tous dans l'intérêt général.

Si au contraire l'administration patrimoniale est despotique, il y aura une révolte du corps politique et l'Etat disparaîtra ; s'il est trop faible, la dissociation politique se produit également et chaque fonctionnaire devient un chef indépendant. C'est ce qui est arrivé pendant la période féodale : après la conquête franque, les Mérovingiens avaient relevé l'Etat ; les Carlovingiens avaient rétabli l'Etat romain sous le nom de Saint Empire romain germanique ; mais la faiblesse des derniers rois de cette race laissa s'opérer la dissociation de l'Etat et le retour à la patrimonialité de la souveraineté.

L'évolution tendant à la reconstitution de l'Etat a cependant repris son cours, et, malgré la patrimonialité des offices, la notion d'Etat s'est réalisée.

Toutefois des théoriciens qui voient dans la fonction publique un droit réel pensent que nous sommes restés au régime féodal de la possession et de la propriété. « La symbiose, dit Novicow (1), ne l'a pas complètement emporté dans nos sociétés modernes. Le principe que l'Etat est une propriété, bien qu'affaibli, forme souvent encore la base du droit public, non seulement dans les monarchies

1. Novicow : *op. et loc. cit.*, p. 54-55.

mais même dans les Républiques » (1). Ainsi, comme le dit M. Hauriou « l'Etat est une chose publique : la preuve c'est qu'en cas de guerre et de conquête le vainqueur met la main sur l'administration du pays conquis comme sur une chose » (2). C'est, ajoute Novicow, qu'aucun Etat n'admet le droit de sécession pour une de ces provinces (3).

L'Etat se décompose dans l'exercice de son pouvoir en un certain nombre de fonctions publiques qui pour ces auteurs sont également des *choses* susceptibles de propriété. D'abord elles ont une existence en soi indépendante de celle du fonctionnaire puisqu'elles demeurent alors que les fonctionnaires passent (4). De plus « la fonction publique, selon Novicow est considérée comme une source de revenus, comme un bénéfice dans le sens féodal du mot » (5).

Actuellement encore au lieu de conquêtes par les armes, elles font l'objet de luttes plus pacifiques, de luttes électorales qui, par exemple aux Etats-Unis, n'ont pour but que l'acquisition des fonctions publiques, véritable butin du parti vainqueur, suivant le mot du général Jackson.

La fonction est ainsi une chose (6). Pour les uns, elle appartient au parti politique (7) ; le fonctionnaire n'en est

1. Et l'auteur cite comme exemple les Etats-Unis où pour les fonctions publiques règne la maxime « *victoribus spolia* » : c'est toujours le droit de conquête.

2. HAURIOU : *Précis de droit public administratif*, p. 327.

3. NOVICOW : *l. c.*, p. 55. « La preuve que l'Etat reste une propriété c'est qu'aucun n'admet le droit de sécession ».

4. HAURIOU : note citée dans S. 92. 3. 17 ; *Précis*, p. 336 ; GOODNOW : *op. cit.* Tome II, p. 1 ; MASSIMO-GIRODI : dans le *Primo trattato completo di diritto amministrativo* d'ORLANDO : vol. I, p. 223 ; SARWEY : dans le *Handbuch* de MARQUARDSEN, I-2, p. 484 : *die Behörden Organisation*.

5. NOVICOW : *l. c.*, p. 55.

6. HAURIOU : *Précis*, p. 335 et 687.

7. LALOR : *Cyclopaedia of political science*, I, p. 153, v^o asses-

que le possesseur temporaire, le fideicommissaire, suivant l'expression des auteurs (1) ; pour cette possession, il doit une redevance à la caisse du parti politique duquel il la tient (2) ; suivant les autres, le fonctionnaire en est lui-même le propriétaire (3). Dans tous les cas le fonctionnaire jouit bien d'un droit réel de possession ou de propriété et non d'un droit personnel vis-à-vis de l'administration. « Ce n'est pas vis-à-vis de l'administration dit M. Hauriou que le fonctionnaire a des droits, c'est sur sa fonction considérée comme une chose et sur les avantages accessoires qui y sont attachés : grade, résidence, traitement, dignités, etc (4).

Telle est, pense M. Hauriou, notre théorie traditionnelle.

Notre ancien droit considérait l'office comme un immeuble : il était passible de l'hypothèque et de la saisie : l'édit de février 1683 ordonnait que son prix fut distribué entre les créanciers par ordre d'hypothèques (5).

Cette théorie aurait, dit-on, l'avantage d'être plus souple que celle du lien personnel : « la possession étant matière de fait autant que de droit, cette théorie permet d'apporter à la révocation des fonctionnaires, des obstacles de fait qui dans la pratique sont des freins très puissants à l'arbitraire

sement : « The « spoils system » which conceives political office to be a species of valuable property, belonging with its profits to the party in power... »

1. LALOR : *l.c.*

2. Cette redevance est proportionnelle au traitement dont jouit le fonctionnaire ; elle est généralement de 1/4 du traitement annuel et se perçoit six mois avant l'élection présidentielle (LALOR : *Cyclopaedia*, v^o *assestement*).

3. HAURIUO : *op. et loc. cit.*

4. HAURIUO : *Précis*, p. 687.

5. GUYOT : *Traité des droits, fonction*, etc, Tome IV, p. 16 et s.

tout en laissant intact le droit de l'Etat. L'Etat peut établir lui-même, par sa législation, que les fonctionnaires de tel ou tel ordre ne se verront retirer leurs fonctions que sur l'avis conforme d'un conseil de discipline composé de leurs pairs..... Au contraire, la théorie de l'obligation contractuelle est brutale : d'abord elle restreint directement le droit de révocation de l'Etat par la perspective de dommages-intérêts ; de plus elle s'applique du coup aux fonctionnaires et employés de toute catégorie sans faire de distinction entre ceux pour lesquels le mode de recrutement est une garantie de dévouement à la chose publique et les autres. Elle tendrait donc à désorganiser les services, tandis que la théorie de la possession tend à les organiser progressivement (1) ».

Enfin cette théorie a l'avantage de correspondre avec le langage courant qui désigne le lien du fonctionnaire, ayant des garanties spéciales contre la révocation, par le mot de propriété. « Le droit traduit cela en disant que ces fonctionnaires ont une sorte de droit de propriété : l'officier sur son grade, le professeur sur sa chaire, le notaire sur son étude(2) ».

Le droit réel ainsi établi, ses partisans se divisent quand il s'agit de le dénommer : les uns s'en tiennent au droit de possession temporaire, les autres vont jusqu'au droit absolu de propriété(3). Nous grouperons donc les différentes théories du droit réel en deux catégories :

1° Les théories de la possession ;

2° Les théories de la propriété.

1. HAURIU : note citée dans S., 92. 3. 18.

2. HAURIU : note citée dans S., 92. 3. 17.

3. M. Hauriou cependant ne se prononce pas entre la possession ou la propriété d'une façon catégorique : « Cette notion de *propriété* mériterait, dit-il, d'être soigneusement examinée et critiquée ; on

1° *Les théories de la possession.*

« Le fonctionnaire, dit M. Hauriou, a droit à la possession de la fonction : cette possession lui est garantie par l'ensemble des lois et règlements et cela constitue son état(1).

La possession d'une chose peut être à durée déterminée ou indéterminée.

La possession d'une fonction publique à durée déterminée a toujours été un fait assez rare. Grotius cependant cite le dictateur romain comme étant un *possesseur* temporaire de la Souveraineté(2); nous savons que, pendant le règne des rois de la seconde race, pour des agents tels que les « missi » la durée de la fonction était généralement d'un an; aujourd'hui il y a encore des fonctionnaires nommés pour un temps déterminé : ce sont les auxiliaires de diverses administrations, les inspecteurs-adjoints des finances, les auditeurs au Conseil d'Etat les sous-officiers rengagés.

Mais plus fréquemment la fonction a une durée indéterminée; elle est viagère sauf le cas de révocation ou de mise à la retraite.

On a expliqué cette possession :

- 1° Par une concession de *précaire* ou droit romain;
- 2° Par une *donation*, généralement une donation d'usufruit, quand la fonction est viagère;
- 3° Par un *louage de chose*.

trouverait que c'est plutôt une *possession* », *l. c.* Toutefois son idée est, croyons-nous, celle-ci : que le droit du fonctionnaire va de la possession précaire à la propriété absolue suivant les garanties plus ou moins fortes apportées à la révocation. Voir S. 92. 3. 17.

1. HAURIU : *Précis*, p. 687.

2. GROTIUS : *op. cit.*, p. 134. Mais BODIN : (*République*, livre I, ch. VIII) et PUFFENDORF (*Droit de la nature et des gens*, livre VII, ch. VI, § 15) lui dénie le caractère de souverain.

§ 1^{er}. — *Théorie du précaire*(1).

Dans le cas où le droit du fonctionnaire est le moins fort, dit M. Hauriou, c'est une possession plus ou moins *précaire* de la fonction (2) ». Mais le mot *précaire* n'est pas pris ici par l'auteur dans son sens strictement juridique et ne renvoie pas au contrat de droit romain qui porte ce nom.

Le *précaire* du droit romain est un contrat (3) par lequel une personne propriétaire d'une chose en concède gratuitement (4) l'usage ou la possession à une autre qui l'en a priée, à charge pour celle-ci de la restituer à la première, réquisition (5).

La collation d'une fonction paraît fort bien entrer dans le cadre de ce contrat. Aussi c'est sous ce titre que les premiers théoriciens de la fonction publique l'ont classée (6).

En effet, comme le *précaire*, la fonction publique n'est conférée que par l'acceptation des deux parties.

Comme lui, elle est une faveur, puisque le fonctionnaire fait l'objet d'un choix de la part de l'Etat entre des candidats multiples, et cette faveur est essentiellement gratuite ; la loi punit le fonctionnaire *prévaricateur* qui userait de son droit de nomination pour se faire remettre de l'argent par les candidats.

1. Voir RHEM : *op. cit.*, p. 21-28.

2. HAURIOU : note citée dans S., 92. 3. 18 ; cf., *Précis*, p. 327 : « La fonction publique n'est-elle pas une chose sur laquelle le fonctionnaire a une sorte de droit *précaire*. »

3. Controv. : ACCARIAS : *Droit romain*, 4^e éd., II, n° 596, p. 256. Mais l'intérêt de la controverse n'a rien de commun avec notre question.

4. Dig. XLIII, 26, 1 et 14.

5. ULPIN : « *Precarium est quod petenti utendum conceditur* » et Dig., XLIII. 26. 1.

6. Voir LOYSEAU : *op. cit.*, I, 3, § 104.

Comme dans le précaire, le prince garde la propriété de la chose; le titulaire de la fonction n'en a que l'usage ou la possession temporaire et révocable. Or c'est là le criterium du précaire et aussi le caractère essentiel de la fonction. En effet, d'une part la révocation du précaire a lieu de plein droit à la mort du concédant(1); il fallait dans l'ancien droit une nouvelle investiture du prince qui montait sur le trône pour que le fonctionnaire conservât la fonction conférée par le roi précédent(2). D'autre part, même pendant la vie du concédant, celui-ci a le droit absolu et essentiel au contrat de précaire, de révoquer à sa guise la concession faite(3); la plupart des offices dans l'ancien droit étaient conférés sous la clause « tant qu'il nous plaira.... » (4). « Cette clause, dit Loyseau, faisait que la concession de l'office n'était pas une pure donation emportant aliénation d'iceluy, ains que c'était proprement une *constitution de précaire* dont la définition convenait entièrement à l'office concédé sous cette clause..... Et de fait l'office ainsi concédé se réglait en tout et pour tout comme le précaire (5) ».

Ainsi les caractères du précaire coïncident exactement avec ceux de la fonction publique; en France Loyseau(6), en Allemagne Myler ab Ehrenbach (7) et Böh-

1. ACCARIAS : *op. cit.*, II. p. 590.

2. LOYSEAU : *op. et loc. cit.*

3. ULPIN : Dig., XLIII. 26.1. et s.

4. LOYSEAU : *Des offices*, I, 3, § 103.

5. LOYSEAU : *op. c.*, I, 3, § 104.

6. LOYSEAU : *Des offices*, I, 3, § 103-104.

7. MYLER AB EHRENBACH : *Hyparchologia seu de officialibus magistratibus et administris liber singularis*. Stuttgart, 1678, III, § 32, n° 100, p. 102. « In officio autem a principe collato, omnia precarii requisita et quidem substantialia concurrunt :

Primo enim in munere publico commisso, consensus intervenit utriusque partis, tam dantis quam accipientis;

mer (1), en ont fait l'application. D'ailleurs cette assimilation a été facilitée par la compréhension fort large de la définition du précaire (2), par le caractère peu précis de ses règles qui, comme le remarque Paul, (3) font du précaire plutôt une question de fait qu'une question de droit. Or, beaucoup d'auteurs font de la fonction une question de fait (4).

Elle semble aujourd'hui avoir encore plus d'actualité chez certains peuples pour qui le caractère essentiel de la fonction comme du précaire ne doit pas être seulement la possibilité d'une révocation, mais encore la fréquence des mutations. Ainsi aux Etats-Unis, la fonction publique n'est plus guère considérée comme une carrière, c'est un pis-aller pour tous les déclassés, pour tous ceux qui attendent une autre occasion d'employer leur activité. N'a-t-on pas vu déposer au Congrès de 1846 un projet posant les

Secundo accedit muneri traditio et immissio in functione collata ;

Tertio quod munus conceditur, pro libitu concedentis revocare liceat, quando voluerit.

Pro quarto quod adeo verum est, ut pactum precario adjectum, nullum sit, quod munus precario collatum irrevocabile efficit. » Cf., ch. IV, § 3, n° 6, p. 176.

1. BOEHMER : *Doctrina de jure principis circa dimissionem ministorum*. Halle, 1734, ch. II, § 16, p. 40. Voir RHEM : *op. cit.*, p. 23.

2. On a fait la même remarque à propos du louage de services. Voir ci-dessous la théorie de la locatio operarum.

3. PAUL dit que le précaire est en dehors du droit. (Digeste, XLIII, 26. 14). « quia nulla eo nomine juris civilis actio esset », et qu'il appartient plutôt à ce droit vague et indécis, sorte de droit naturel qu'est le « jus gentium ». Cf. ULPEN : (*ibid.* XLII, 26. 1). « ex jure gentium descendit » et FURTEL DE COULANGES : *Origines du régime féodal*, p. 70.

4. C'est à peu près l'opinion de M. Hauriou (S., 92. 3. 18 : « la possession, dit-il, est matière de fait autant que de droit »).

principes suivants : 1^o La circulation des offices est une des bases fondamentales de la forme républicaine du gouvernement ; 2^o Un office ne peut rester plus de huit ans entre les mêmes mains ; 3^o Le renouvellement des offices doit se faire par quart tous les deux ans (1).

La Suisse a fait mieux ; la règle a passé de la théorie dans la législation : le Conseil fédéral a pris un arrêté qui décide que les fonctionnaires ne sont nommés que pour trois ans (2).

La révocabilité devenant un fait tout à fait normal pour la résolution du contrat de fonction publique, nous nous rapprochons ainsi encore davantage de la théorie du précaire.

Il faut cependant écarter cette théorie, car si elle rend compte de la révocabilité, elle n'explique ni le traitement, ni l'intérêt qu'a l'Etat à confier son pouvoir à des fonctionnaires.

En effet le fonctionnaire comme rémunération des services qu'il rend à l'Etat touche un traitement. Or le précaire est gratuit dans son essence (3). Donc pour expliquer la fonction et le traitement, qui y est attaché, par la théorie du précaire, il faut dire qu'à la première faveur qui est la concession de la fonction, l'Etat en joint une seconde : l'attribution du traitement. Mais cette seconde prestation toute pécuniaire est alors indépendante de la première, il n'y a entre elles aucun lien juridique, l'une n'est pas du tout la contre-partie de l'autre, comme doit l'être le traitement ; l'Etat qui a accordé la première faveur peut

1. J. YOUNG : *Der Staatsdienst in Deutschland, der Schweiz, und den Vereinigten Staaten, als Bundes-Staaten*. Halle, 1896, p. 9.

2. Arrêté du Conseil fédéral du 14 mai 1855.

3. Dig., XLIII. 26. 1 et 14.

s'arrêter là et n'est pas tenu en quoi que ce soit de fournir la seconde ; le fonctionnaire n'aurait ainsi aucun droit au traitement promis, quels que soient les services effectivement rendus. Or cette conclusion est contredite par la loi. Des dispositions législatives allemandes (1) et des décisions de la jurisprudence française (2) permettent au fonctionnaire d'actionner l'Etat en justice quand le traitement promis n'a pas été payé.

Si l'on insiste, si l'on répond que le traitement est lié à la fonction assez intimement pour que la collation de la fonction et l'attribution du traitement ne constituent qu'une seule et même faveur, nous nous demandons alors quelle est la nature de ce lien si ce n'est pas une contre-prestation, pourquoi il y a des fonctions avec traitement et des fonctions sans traitement, pourquoi le traitement d'un fonctionnaire peut être augmenté et diminué sans que la fonction soit modifiée, comment le traitement même peut être supprimé à titre disciplinaire sans que pour cela cesse la fonction ? Toutes ces questions restent sans solution dans la théorie du précaire qui ne verrait qu'une seule et même concession dans la collation de la fonction.

En second lieu la concession de précaire est nettement en contradiction avec la nomination à une fonction publique sur un point ; une constitution de précaire a lieu uniquement dans l'intérêt du précariste, la fonction publique a été au contraire instituée dans le seul intérêt de l'Etat, abstraction qui ne peut agir par elle-même, qui a besoin d'agents pour s'extérioriser et faire sentir son action. C'est l'Etat qui recherche les fonctionnaires et essaie de se les

1. Loi d'Empire du 21 mars 1873, a. 149 et s.

2. Voir ci-dessous dans l'exposé de la théorie du louage de services.

attacher par des faveurs multiples : prestations pécuniaires, honneurs, dispenses de charges publiques, etc. Alors que l'Etat ne peut pas se passer de fonctionnaires, le fonctionnaire au contraire pourrait se passer de l'Etat et employer ailleurs son activité et ses connaissances techniques. La fonction publique est instituée bien plus dans l'intérêt de l'Etat qui la confère que dans celui du fonctionnaire qui la postule ; au contraire le précaire est dans l'intérêt du concessionnaire et non du concédant.

Sans doute, sous l'ancien régime, des fonctions ont été créés pour satisfaire les appétits ou l'ambition de courtisans ; mais les nations modernes sont plus scrupuleuses, et les gouvernements plus ménagers des deniers des contribuables : il n'y a plus de fonctions créés dans l'intérêt d'un individu.

Donc, alors même qu'à certaines époques, et pour certains offices, tels que ceux dont nous parle Loyseau, qui étaient concédés sous la clause « tant qu'il nous plaira » clause devenue, il est vrai, de style de chancellerie (1), la théorie du précaire eût été appliquée, ce que nous nions, elle aurait perdu aujourd'hui toute valeur.

Elle n'offre plus ainsi qu'un intérêt historique, son étude était cependant intéressante, car elle semble avoir inspiré celle de M. Hauriou qui l'a transportée en droit public.

§ 2. — *Théorie de la donation* (2).

C'est une transformation de la théorie du précaire : la collation d'une fonction publique est une concession gra-

1. LOYSEAU : *op. cit.*, § 109.

2. *Allgemeine juristische Zeitung* d'Elvers et Beuders 1828, n° 46 ; M. LOUIS-LUCAS l'applique également aux concessions d'offices à titre gratuit : *Op. cit.*, t. II, p. 122.

tuite non pas précaire mais irrévocable, sauf dans des cas déterminés ; c'est là précisément le caractère de la donation.

Cette transformation s'est produite quand le précaire des Romains et des Francs est devenu le bénéfice.

A Rome, le précaire, bien qu'il ne créât pas des obligations personnelles réciproques, permettait cependant, en fait, d'imposer des obligations auxquelles se soumettait le précariste, menacé par la révocation de la concession. Il favorisa ainsi la sujétion personnelle d'homme à homme et contribua au développement de la clientèle.

Le même effet devait se produire avec bien plus de force et de persistance dans l'ancien droit français grâce au bénéfice.

Déjà à Rome, dans le précaire, on peut prévoir l'éclosion du bénéfice, malgré que les deux institutions soient différentes : Paul fait observer que le précaire se rapporte *ad beneficii causam* (1) ; ailleurs il emploie pour le désigner le terme de *beneficium* (2). Dans les sentences il associe l'idée de *beneficium* à celle de précaire : « *quod precario habet, restituat...., quod ex beneficio suo unusquisque injuriam pati non debet* » (3).

A l'époque mérovingienne, le précaire, comme nous le verrons plus loin, sembla se rapprocher du louage, mais il devint définitivement une donation car les rois renoncèrent à exiger une redevance pécuniaire. Désormais tous les actes de précaire sont désignés par le terme général de *beneficium* (4) ; on unit quelquefois les deux termes en appelant cette faveur « bénéfice de précaire ».

1. DIGESTE : XLIII, 26. 14 .

2 DIGESTE : XLIII, 6. 17., § 3.

3. *Sentences*. V. 6. 10.

4. *Concile de Tolède*. C. 50, dans le *Corpus juris canonici*, p. 244 ; ROZIÈRE : 321 § 1 et 2, et 349 § 2.

Le bénéfice était d'abord concédé comme rémunération de la fonction publique : suivant que l'on mettait au premier plan la dignité ou les avantages immobiliers qu'elle entraînait, on qualifiait l'office public d'*honor* (1) ou de *beneficium* (2). Cette assimilation se fait dans la langue juridique : « les mots, *honor*, qui signifie la charge publique et *beneficium* qui désigne le bénéfice, dit M. Esmein, deviennent véritablement synonymes et sont souvent pris l'un pour l'autre » (3). Cette confusion dans les termes ne fait qu'accompagner une confusion des deux faveurs en fait et en droit ; même comme les avantages pécuniaires (4) sont le principal objet que l'on cherche à atteindre, et que l'honneur de la charge ne vient qu'au second plan (5), ce qui primitivement était l'accessoire devient le principal et c'est à peu près uniquement par le terme de *beneficium* que l'on désigne les fonctions publiques : « la charge de comte, dit

1. Le terme « honor » ne désigne primitivement que la fonction publique, le degré du *cursum honorum*, qu'elle soit conférée par le peuple ou par le prince. LAMPRIDE : *Alexander* 149 : « Honores juris gladii ».

2. « Comites qui nostra *beneficia* habere videntur... » 5^e capitulaire de 806, a. 7, dans BORETIUS : p. 131.

3. ESMEIN : *Histoire du droit*, 3^e éd. 1898. p. 140 Cf. ; ROTH : *Beneficialwerden*, p. 432 ; BOURGEOIS : *Capitulaire de Kiersy-sur-Oise*, p. 129.

4. Les principaux avantages pécuniaires sont : 1^o le droit de garder un tiers des impôts perçus ; 2^o le droit de céder des sous-bénéfices à prix d'argent. (GRÉGOIRE DE TOURS : *Historia Francorum*, IV. 42, et V. 49).

5. Le principal honneur de la charge de comte est la qualification d'« illustre vir » ainsi que toutes celles déjà usitées sous l'empire romain (CODE THÉODOSIEN : I. 1. 16 ; VIII, 8. 4 ; XII, 1. 187 ; XVI. 5. 52 ; CODE DE JUSTINIEN : II, 1. 13 ; III, 1. 13 ; *Notitia dignitatum*, éd. Boecking, t. II, p. 9, 17, 37, 41, etc.) ; il a de plus droit au triplement wergeld (LEX SALICA LIV : « si quis grafionem occiderit, solidos 600 culpabilis judicetur »).

M. Esmein, fut considérée comme un bénéfice conféré par le roi » (1), les hommes et les prérogatives de la fonction font l'objet direct du bénéfice (2), c'est-à-dire de la *donation*, qui crée alors un *droit* pour le fonctionnaire (3).

Ainsi d'un précaire révocable et sans effets de droit, la fonction publique est devenue avec la féodalité une donation souvent irrévocable et produisant des effets juridiques.

Il n'y a que deux portes ouvertes à la révocation : l'ingratitude et l'inaccomplissement des conditions de la donation.

Le bénéfice, engendrant un lien de vassalité, pouvait en effet être retiré si le vassal manquait d'une façon grave à ses devoirs (4), comme aujourd'hui la révocation de la fonction est prononcée pour manquement aux obligations de service.

D'autre part, cette donation n'est pas pure et simple : c'est une donation *sub modo*. L'objet direct de la gratification c'est le bénéfice, c'est-à-dire les avantages matériels qu'il confère ; le *modus* c'est l'accomplissement des obligations qu'il impose. Tel est bien le caractère des *militiæ venales* données par les empereurs romains (5) et des fiefs,

1. ESMEM : *Histoire du droit*, 3^e éd. 1898, p. 139. Cf. BRUNNER : *Deutsche Rechtsgeschichte*. Cependant ROTH : (*Beneficialwesen*, p. 330 et s.) pense que l'assimilation ne fut jamais complète que ce furent seulement les terres constituant la dotation de la charge qui furent considérées comme bénéfices.

2. LUCHAIRE : *Histoire des institutions monarchiques*, 2^e édit. Paris. 1891, I, p. 206.

3. LUCHAIRE : *l. c.* Ce n'est d'ailleurs là qu'un « droit de jouissance viagère ». ESMEM ; *op. c.*, 3^e édit., p. 137.

4. ESMEM : *op. c.*, 3^e édit., p. 137.

5. Voir LOUIS-LUCAS : *op. c.*, t. I ; LOYSEAU : *Des seigneuries*, c. 1. éd. 1612. p. 12.

concedés par les rois francs, (1) qui doivent être révoqués quand le titulaire cesse de rendre les services qui y sont attachés (2). Telle est aussi l'application exacte que l'on entend faire de la donation à la théorie de la fonction publique dans un article de l'*Allgemeine juristische Zeitung* (3).

Ainsi, au point de vue de la révocation, il y aurait identité entre la fonction publique actuelle et le bénéfice ; la révocation ne peut être prononcée que quand il y a manquement aux devoirs de la fonction.

La théorie de la donation se justifie par le désir qu'ont ses auteurs de limiter dans une certaine mesure le droit de révocation arbitraire de l'Etat en le soumettant aux règles juridiques de la révocation des donations, tout en laissant au fonctionnaire le libre exercice de son droit de résiliation. En effet, « tant qu'il n'y a pas manquement au contrat, dit l'auteur de l'article, la donation ne peut être révoquée par le donateur, mais le donateur peut fort bien la rendre ou y renoncer, c'est-à-dire donner sa démission.... D'autre part, le donateur ne peut reprendre ce don que pour des motifs légaux ; il n'en a le pouvoir que par des voies de droit et d'autant moins lorsque la donation est *sub modo*,

1. LOYSEAU : « Les Francs s'étant emparés des terres de la Gaule les baillèrent à titre de fiefs c'est-à-dire à la charge d'assister les princes en guerre. » *Des seigneuries*, I, c.. Cf. ; ET. PASQUIER : *Recherches de la France*, liv. II, ch. 16, édit. 1723, t. I, p. 128.

2. CHARONDAS : dans ses notes sur le grand coutumier de Charles VI, édit. 1598 et dans ses notes sur Bouteiller, éd. 1.603, p. 480, c. f. ; *Novelles de Theodore II*, édit HACNEL : XXIV, § 4, p. 105-106.

3. *All. J. Zeitung d'Elvers et Benders*, 1828, n° 46, p. 182 : « L'office est purement et simplement une donation *sub modo* et ne peut être repris que quand le donataire ne remplit pas le *modus*. »

auquel cas le traitement du fonctionnaire doit être considéré comme l'objet de la donation (1) ».

Les deux idées qui ont présidé à la formation de la théorie de la donation sont donc : 1^o l'influence historique de la théorie du bénéfice, 2^o le désir de mettre un obstacle de droit à la révocation arbitraire.

Or, la première de ces raisons est une assimilation inexacte, la seconde repose sur une erreur de droit.

En effet, le bénéfice lui-même ne fut pas une concession absolument gratuite ; pour l'obtenir il fallait, primitivement au moins, offrir des présents (2) ; plus tard il fallut en servir la rente, et même en payer le prix (3).

De plus, par la collation d'un bénéfice, il n'y a pas, de plein droit, de concession d'un revenu fixe ; le roi avait droit à la totalité des impôts perçus et ce n'était que par des faveurs spéciales et postérieures que chaque année il laissait entre les mains du bénéficiaire une partie, généralement un tiers des impôts recouvrés (4). La concession d'un bénéfice n'était donc pas par elle seule une donation même d'une jouissance viagère.

En admettant même qu'on pût très exactement appliquer au bénéfice la théorie de la donation, il serait impossible d'assimiler à ce point de vue le bénéfice et la fonction publique moderne. Le traitement dont jouit aujourd'hui le fonctionnaire n'a rien de commun avec la concession de terres bénéficiales ou avec les prélèvements faits sur les

1. *All. J. Zeitung*, 1828, n^o 48. p. 189.

2. Voir dans Grégoire de Tours l'histoire de Leudaste qui devint connétable (V. 49) ; de Pæonius, supplanté dans le comté d'Auxerre par son fils qui paya de fortes sommes au roi (IV. 42), et celle de Nicetius (VIII. 18).

3. FUSTEL DE COULANGES : *Les origines du système féodal l. c.*

4. FUSTEL DE COULANGES : *La Monarchie franque, passim.*

revenus de ces terres. Sans doute le traitement de certains fonctionnaires se compose d'une partie fixe et invariable et d'une partie proportionnelle au chiffre d'impôts qu'ils perçoivent pour le Trésor. Mais la totalité des impôts perçus entre dans les caisses de l'Etat qui ne permet pas un prélèvement et accorde seulement des suppléments de traitement aux percepteurs des contributions directes, receveurs des finances, de l'enregistrement, conservateurs des hypothèques, etc., comme rémunération des services rendus ; il n'y a donc pas là, en fait, de gratification.

Il n'y a même pas intention de gratifier le fonctionnaire. Sans doute il en a été ainsi pendant longtemps ; depuis l'époque franque du bénéfice accordé aux fidèles pour se les attacher, jusqu'à la fin de l'ancien régime dans lequel, d'innombrables charges de cours procuraient d'opulents traitements sans exiger la prestation d'aucun service public à l'Etat, la collation d'une fonction a pu être l'occasion d'une véritable gratification. Mais l'Etat moderne, dont les dépenses sont contrôlées par les contribuables ou leurs représentants, ne nomme de fonctionnaires qu'à des emplois dont l'utilité a été constatée et nous avons vu que des réformes jugées nécessaires avaient cependant été entravées par ce fait, qu'on ne voulait pas augmenter le nombre des fonctionnaires (1). Le service public suppose ainsi avant tout l'intérêt de l'Etat et non celui des fonctionnaires, le premier n'assurant aux seconds certains avantages que pour être certain de trouver des serviteurs. Il n'y a donc que l'intention de faire un échange et non celle de gratifier.

Il en est de même quand le fonctionnaire est en disponibilité, malade, ou en congé et reçoit cependant un traitement. C'est là un fait accidentel, l'inaction n'est que tem-

1. Introduction, ch. II, § 3.

poraire, elle doit aboutir à la reprise du service ou à sa cessation complète. Il n'y a pas de traitement sans fonction effective, et ces deux notions sont même si intimement liées que des auteurs, avons-nous vu, ont cru trouver dans l'existence d'un traitement payé sur les fonds publics la caractéristique de la fonction publique (1).

La pension de retraite n'a pas davantage le caractère d'une gratification. Elle est souvent payée en partie par des retenues opérées mensuellement sur le traitement; quand il n'y a pas de retenues, comme cela a lieu en Allemagne, c'est que la pension fait partie du traitement, en est la continuation: elle est entrée en considération dans l'acceptation de la fonction par le fonctionnaire et constitue ainsi une des clauses du contrat.

L'intention de gratifier le fonctionnaire, intention que suppose la donation, n'existe pas dans le paiement du traitement par l'Etat. Comment la trouver dans les fonctions gratuites? Quand il n'y a que des charges et pas d'avantages matériels, où est la libéralité?

Inexacte au point de vue historique, à la fois dans l'analyse du bénéfice et dans celle de la fonction publique moderne, la théorie de la donation ne remplit même pas le but qu'elle se propose.

Les partisans de cette théorie cherchent surtout à augmenter les garanties des fonctionnaires. Ils aboutissent à un résultat tout à fait opposé. En effet le contrat de donation, de sa nature unilatéral (Cod. Civ. a. 1103), devient bilatéral ou synallagmatique quand il impose des charges au donataire, par ce qu'il y a alors des obligations des deux côtés. Or, si dans notre ancienne législation le donateur n'avait

1. Introduction, ch. I, § 2.

que le seul droit de révoquer une donation *sub modo* dont le *modus* n'avait pas été exécuté, dans le droit actuel, par une application plus exacte des principes des contrats synallagmatiques et en particulier de l'art. 1134, le donateur peut, s'il y trouve son intérêt, exiger par les voies de droit l'accomplissement des charges imposées au donataire, sans que celui-ci puisse s'y soustraire en renonçant au bénéfice de la donation (1). Alors si le fonctionnaire ne voulait plus remplir sa fonction, l'Etat pourrait l'y contraindre en refusant sa démission ? Cette solution est contraire au droit actuel qui n'admet pas la contrainte au service public et accorde au fonctionnaire la liberté de démissionner (2).

L'histoire et le droit positif doivent donc nous faire rejeter la théorie de la donation.

§ 3. — *Théorie du louage de chose.*

Le précaire constitutif du droit réel qu'on a voulu accorder au fonctionnaire sur sa fonction est révocable et gratuit. Il devint, dit-on, grâce à la faiblesse des rois, un contrat irrévocable sous la forme d'une donation de bénéfice, ou, par suite de leur rapacité, un contrat à titre onéreux sous la forme d'un louage de chose.

Nous avons déjà écarté la théorie de la donation, il nous reste à examiner celle du louage

1. *Sic*, BAUDRY-LACANTINERIE : *Droit civil*, 7^e édit. II, p. 345 ; DEMOLOMBE : *Traité des Donations*, 3^e édit. III, n^o 575 et s ; LAURENT : *Droit civil*, XII, n^o 488 ; BAUDRY-LACANTINERIE ET COLIN : *Traité théorique et pratique de droit civil*. Donations, I, p. 636 ; FUZIER-HERMANN : *Code civil annoté* sous l'a. 954, n^o 19 et tous les auteurs qui y sont cités.

2. Nous ne connaissons que LÖENING : *Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seinen Beamten*, 1879, p. 93. qui repousse cette solution.

La transformation du précaire en louage de chose était fatale, car les deux parties y trouvent un intérêt : l'une le paiement d'une redevance, l'autre une garantie contre une révocation imprévue.

La fonction publique constituée par précaire ou donation était une concession gratuite. Mais peu à peu le concédant usa de moyens indirects pour se faire payer son bienfait. Pouvant imposer des conditions à la collation de la fonction, il exigea des présents, puis une redevance annuelle (1), plus tard il demandera un prix. La seconde phase de cette évolution historique des offices peut ainsi être assimilée à un louage de chose c'est-à-dire à « un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer ». (C. Civ., a. 1709). Le prince n'a en effet d'autre situation que celle d'un propriétaire vis-à-vis de son fermier. S'il n'a pas l'action de louage pour se faire payer le fermage, c'est qu'il est suffisamment garanti par la faculté de révocation. Il trouve, dans ce procédé, l'avantage de tirer un revenu considérable de ces droits et il est certain de recouvrer le montant des impôts qu'il fixe et reçoit d'avance. « La royauté, dit M. Glasson tirait de grands avantages de cette *mise en ferme* : elle touchait immédiatement, et à l'avance, les revenus de la fonction » (2).

Le fonctionnaire d'autre part n'y perdait rien : il rentrait dans ses déboursés en pressurant davantage les taillables et pouvait même réaliser de beaux bénéfices. Il acquérait surtout un droit bien plus fort que celui du précaire. Ce n'était plus un simple droit d'usage aléatoire et temporaire

1. FUSTEL DE COULANGES : *op. et loc. cit.*

2. GLASSON : *Histoire des institutions*, V, p. 468.

qu'il acquérait, c'était une possession garantie par une action ; le louage, étant un contrat bilatéral, engendre des obligations réciproques et impose au bailleur celle de respecter la jouissance du fermier pendant le temps pour lequel il l'a conférée. C'est un acheminement vers la permanence du droit réel.

Le louage fut ainsi appliqué à certaines fonctions publiques à deux époques différentes.

Il le fut d'abord au ^{viii}^e siècle pour la plupart des fonctions ; mais il n'y eut là qu'une période de transition entre l'époque de la concession précaire, qui ne donna qu'un droit temporaire, et celle de la féodalité qui conféra au fonctionnaire la propriété de sa fonction.

C'est surtout du ^{xiii}^e au ^{xviii}^e siècle que, dit-on, cette théorie eut sa pleine application pour les offices de judicature et de finance.

« Le système du fermage des fonctions publiques, dit M. Glasson, dès le ^{xiii}^e siècle donnait à l'adjudicataire un droit plus ou moins analogue à un *usufruit* » (1).

Dès avant saint Louis il y eut de ces locations (2). Mais c'est surtout sous le règne de ce prince (3) que la mesure devint générale (4) : on commença par les prévôtés (5), on

1. GLASSON : *op. cit.* V. p. 468 ; Cf. ; PASQUIER : *Recherches de la France*, livre IV, ch. XVII ; LOYSEAU : *Des offices*. III, 1, n^o 76.

2. PASQUIER : *Recherches de la France*, IV, 17.

3. C'est là un des motifs pour lesquels Boniface VIII refusait à Philippe le Bel la canonisation de Louis IX. La duchesse de Brabant demanda conseil à ce sujet à saint Thomas d'Aquin : celui-ci la rassura en lui déclarant que les *mises en ferme* qu'elle pouvait faire étaient parfaitement licites (PASQUIER : *op. c.*, IV, 17, n^o 21).

4. LAGARDE : *Traité historique des droits du souverain*, t. II, p. 486.

5. DALLOZ : J. G., v^o *fonction publique* ; RAGUENAU ET LAURIÈRE : v^o *prevôté* ; LE BRET : *De la souveraineté*, liv. II, ch. VIII.,

continua par les bailliages (1). Devant les doléances des Etats, unanimes à déplorer les abus commis par les locataires désireux de faire une bonne spéculation (2), saint Louis dut supprimer la mise en ferme de la Prévôté de Paris et défendre les sous-locations (2). Mais ce fut en vain ; bientôt l'administration royale ne se contente plus de traiter de gré à gré, elle met aux enchères (3).

Alors commence une période singulière pendant laquelle la fréquence et la multiplicité des ordonnances supprimant le bail des offices et prohibant les sous-locations prouve surabondamment que le système fut plus que jamais en vigueur. Pendant la captivité du roi Jean le Bon, les Etats-généraux protestent contre la mise en ferme et font rendre l'Ordonnance du 3 mars 1356 qui les prohibe (4) ; mais celle-ci est abrogée par celle du lieutenant-général le 4 septembre 1357 ; de retour de captivité le roi Jean, comme don de bienvenue, ordonne la même suppression (5), mais la retire deux ans après (6). Charles VI se montra encore plus sévère (7) et cependant à la fin de son règne l'usage des locations était général ; Charles VII, dit Le Bret (8), « retrancha l'abus du louage des offices comme chose honteuse et pernicieuse à son peuple (9) » et sous son règne ils furent plus nombreux que jamais (10). C'est que l'idée

1. Ordonnance de décembre 1254 : ISAMBERT, tome I, p. 268 et 271.

2. Voir l'exemple de la prévôté de Paris (DELAMARE : *Traité de la police*, liv. I, titre VIII, ch. II, p. 120).

3. Ordonnance de 1254, a. 7 et 23. ISAMBERT : t. I, p. 268 et 271,

4. JOLY : *Des offices de France*, t. I, p. 295.

5. *Ordonnance de Compiègne* du 5 décembre 1360.

6. *Ordonnance de Paris* du 2 février 1362.

7. *Ordonnance du 7 janvier 1407*. JOLY : *op. c.*, p. 302.

8. LE BRET : *De la souveraineté*, p. 111.

9. *Ordonnance d'avril 1450*. FONTANON : t. I, p. 10.

10. FILLEAU : *op. cit.*, I, p. 10.

que le fonctionnaire a sur sa fonction un droit réel est désormais bien fixée dans les esprits : la fonction est une chose du domaine, le titulaire a sur elle, pour les uns un droit de propriété, pour les autres au moins un droit de jouissance à titre de locataire (1). Propriétaire d'un bien, il peut le louer ; locataire, il peut le sous-louer à un tiers. C'est pourquoi malgré les ordonnances, les règles du louage régissent-elles les offices au xv^e siècle. Louis XI est obligé de reconnaître le caractère immobilier des offices et la possibilité de les louer ou de les vendre sous la forme de résignation ; dès lors une série d'ordonnances contradictoires suppriment ou rétablissent le droit de ferme et celui de la vente (2) ; l'édit de Paulet en 1604 confirme définitivement la patrimonialité des offices, par la concession de l'hérédité, jusqu'à la Révolution.

Mais par les décrets des 4-6-7-8-11 août 1789 la patrimonialité des offices a été supprimée, et n'a été rétablie en 1816 que pour quelques fonctions à clientèle.

Spécialement au point de vue de la mise en ferme, il y a encore des fermes administratives comme celle des allumettes, il y a quelques années, comme celles de beaucoup d'octrois municipaux, mais elles ne s'appliquent plus aux fonctions publiques *stricto sensu*, elles ne concernent que des entreprises publiques.

On ne saurait donc trouver aujourd'hui une application de la ferme directe d'une fonction publique quelconque ;

1. Nous n'entendons pas trancher la question de savoir si le droit du preneur à bail est un droit réel ou un droit personnel ; si nous avons classé le droit du locataire d'un office dans les théories du droit réel, c'est simplement pour faciliter et rendre plus claire notre exposition.

2. Ordonnances d'août 1546, 14 septembre 1559 ; Ordonnances d'Orléans de 1560, de Moulins en 1566, du 12 novembre 1567, de Blois 1580 ; édit de juillet 1586, etc.

nous montrerons combien cette théorie est maintenant loin de la réalité en critiquant la théorie de la propriété, car les mêmes arguments nous serviront à repousser à la fois la possession à titre précaire et la propriété définitive.

Remarquons d'ailleurs que cette assimilation au louage de chose n'a jamais pu s'appliquer qu'à un état transitoire : la théorie du droit réel s'épanouit complètement dans celle du droit de propriété, la première tend toujours vers la seconde. « L'histoire, dit M. Hauriou nous montre les fonctionnaires perpétuellement en lutte contre l'Etat, toujours avec le même objectif : rendre d'abord la fonction viagère, héréditaire ensuite. La théorie de la possession peut facilement conduire à l'idée de la propriété de la fonction soit par la pratique de la vénalité des offices, soit par la conception féodale du bénéfice » (1).

C'est cette dernière que nous allons maintenant étudier.

2°. — *Théorie du droit de propriété.*

Les théories de la possession donnent déjà au fonctionnaire un droit assez fort sur la fonction ; elles imposent à l'Etat l'obligation de respecter les droits du possesseur qu'il a institué par une donation d'usufruit ou un louage et par là, restreignent efficacement son droit de déplacement et de révocation.

Mais la tendance signalée par M. Hauriou à orienter le choix de la fonction publique vers le régime des droits réels a été plus loin encore et, par une transition naturelle, elle a transformé le droit précaire ou temporaire, ou même viager, en un droit définitif, absolu et perpétuel de pro-

1. Note dans S., 92. 3. 18, 1^{re} colonne.

priété. Tel est bien en effet la nature du droit qu'on a sur une chose qu'on peut vendre ou transmettre par héritage, la vénalité et l'hérédité étant les deux caractères essentiels de la propriété.

Ce phénomène s'est produit à deux reprises dans l'histoire :

1^o Lors de la féodalité qui est précisément sortie de l'appropriation privée des fonctions publiques ;

2^o Au xvii^e et xviii^e siècles avec la patrimonialité des offices qui créa comme une seconde féodalité.

Dans la première période, le droit de propriété des fonctions publiques a été acquis par une usurpation de fait que le droit n'a couverte que postérieurement en ratifiant les possessions prolongées de locataires ou de donataires ; dans la seconde, c'est au contraire le droit qui a ouvert une porte à l'appropriation privée par la transformation légale du louage de choses en *contrat de vente*.

a) *La féodalité*. — Dans l'Empire romain le fonctionnaire ne pouvait disposer de son emploi. « Je ne saurais souffrir, disait Alexandre Sévère, qu'on achète les fonctions publiques, d'abord parce qu'il est inévitable que celui qui achète revende, ensuite parce que je ne saurais punir le fonctionnaire qui aurait payé sa charge » (1).

Mais les interdictions de vente répétées à plusieurs reprises dans le Code théodosien (2) prouvent cependant que ces ventes n'étaient pas un fait inconnu. D'ailleurs la vénalité et l'hérédité furent expressément accordées par concession gracieuse du prince pour les *militiæ* c'est-à-dire, primitivement pour les fonctions militaires auxquelles était attachée la

1. LAMPRIDE : *Alexandre Sévère*, 49.

2. II, 29. 1 ; VI, 22. 2 et 3.

possession de terres provinciales. Mais la dénomination de *militia* s'étendit bien vite à des fonctions autres que celles de l'armée ; sous Domitien, à côté des *militiæ armatæ*, il y a des *militiæ civiles* ou *urbanæ* de jour en jour plus nombreuses, car l'Empereur du Bas-Empire, usurpateur du pouvoir, ne peut se maintenir sur le trône qu'ensatisfaisant tous les appétits qui s'élèvent autour de lui et en s'attachant une clientèle de fonctionnaires (1).

Mais la propriété des *militiæ* ne fut qu'une propriété très imparfaite dans ses effets (2). Le droit de vente se réduisait au seul droit de présentation. La *militia* comportait une délégation de la puissance publique ; le fonctionnaire n'avait pas un droit propre à l'exercice de cette puissance publique ; il ne pouvait transférer un droit qu'il n'avait pas ; aussi l'acquéreur ne recevait du vendeur qu'une fonction incomplète, que les avantages immobiliers attachés à cette fonction ; pour qu'il puisse également disposer de l'autorité publique, il fallait que la vente fût confirmée par l'Empereur (3).

Dans notre très ancien droit les liens personnels de domesticité qui unissaient le prince et les fonctionnaires ne pouvaient être transmis par le serviteur ni à un tiers ni à son fils : « service de prince n'est pas héritage, » dit une maxime de Loysel (4). Mais déjà pour obtenir les fonctions domestiques du palais il faut offrir des présents au roi, et c'est au plus offrant que l'emploi est souvent accordé. Grégoire de Tours raconte l'histoire de Pœonius, qui étant comte d'Auxerre et voulant faire renouveler

1. Voir LOUIS-LUCAS : *op. cit.*, t. I.

2. DARD : *op. cit.*, p. 389 et 520 ; LOUIS-LUCAS : *op. cit.*, T. I, p. 507.

3. LOUIS-LUCAS : *op. et loc. cit.*

4. LOYSEL : *Institutes coutumières*.

sès pouvoirs, envoya son fils avec des présents solliciter cette faveur du roi. Le fils offrit les présents, mais en son nom propre, et obtint le comté d'Auxerre à la place de son père (1). C'est déjà une tendance à la vénalité qui se manifeste.

D'autre part les fonctionnaires royaux toujours révocables et souvent révoqués (2) ne devaient primitivement garder leur emploi que pendant un temps très court ; on adopta même parfois le principe romain de l'annalité. Cependant ils peuvent parfois conserver pendant longtemps leur délégation temporaire (3). Sous les Carlovingiens, malgré le caractère temporaire de la qualité de *missus*, l'exception devint la règle et les comtes furent souvent investis à vie de leurs fonctions (4) ; dans beaucoup de cas le fils succède au père (5). L'hérédité existe presque, en fait, sinon encore en droit.

On passa du fait au droit sous l'influence d'idées et de circonstances diverses.

L'idée qui a provoqué la patrimonialité des fonctions dans la féodalité, c'est le caractère patrimonial de la souveraineté royale elle-même.

L'Empereur romain, quelle que fût sa puissance, avait toujours été considéré comme le représentant du *populus*

1. GRÉGOIRE DE TOURS : *Historia Francorum*, IV, 42. Voir également le cas de Nicetius *ibid.*, VIII, 18. « Nicetius ducatum a rege expetiit, datis, pro eo, immensis muneribus. »

2. On trouve fréquemment des cas de révocation dans GRÉGOIRE DE TOURS : *op. cit.*, IV, 13 ; V, 47 ; VIII, 18 ; IX, 7, 12, 14 ; V, 14 : IV, 24 et 44.

3. GRÉGOIRE DE TOURS nous cite le cas d'un comte qui conserva ses fonctions pendant 40 ans (*Vitæ Patrum*, éd. Krustch, p. 687).

4. ESMEIN : *Hist. du droit*, 3^e éd., 1898, p. 139.

5. ROTH : *Beneficialwesen*, p. 432.

romanus, comme l'organe de l'Etat romain, dont la notion ne se perdit jamais.

Au contraire, après l'invasion, l'idée d'Etat disparaît, et le droit de conquête emporte le droit de propriété sur le pays conquis. « Le monarque franc considère le pouvoir royal comme sa chose, son bien propre, son patrimoine privé » (1), et cette idée persistera longtemps en France puisqu'en 1610 Loyseau écrira : « En France nous tenons que la propriété de la puissance publique appartient au roi... » (2). Aussi le roi peut-il disposer de la puissance publique à son gré ; il peut conférer ce bien privé en toute propriété ou en donner la simple possession temporaire, comme il le fait pour les immeubles de son domaine privé. Précaire, donation, louage, vente, succession sont des actes de droit privé qui peuvent avoir pour objet la souveraineté comme tout autre bien. Le pouvoir souverain est soumis à tous les actes et à toutes les règles du droit privé (3). Il se divise en des fonctions publiques multiples ; chacune de celles-ci n'est qu'une parcelle de ce grand domaine qu'est la souveraineté royale dont le roi est propriétaire ; quand cette parcelle passe entre les mains d'un autre que le roi, elle demeure toujours un objet de droit privé, elle est affectée du même droit réel de propriété dont le fonction-

1. FUSTEL DE COULANGES : *La Monarchie franque*, p. 45 et 125 ; Cf. SICKEL : *Die Entstehung der fränkischen Monarchie* dans la *Westdeutsche Zeitschrift für Geschichte*, IV, 3, p. 249 et 331.

2. LOYSEAU : *Des offices*, liv. IV, ch. V, § 39. p. 461.

3. ESMEIN : *Hist. du droit*, 3^e éd. 1898, p. 64 : « Le roi considérant le pouvoir royal comme sa propriété privée trouva naturel de disposer à titre gratuit de ses attributs au profit de certaines personnes. De là ces concessions viagères puis héréditaires des fonctions publiques... Tout cela incompréhensible tant que la notion d'Etat persiste devient naturel dès que le pouvoir royal appartient au roi en propre et privativement »,

naire devient le titulaire ; elle est susceptible des mêmes modes juridiques d'acquisition, vente ou succession. La fonction publique passe ainsi du patrimoine privé du roi dans le patrimoine privé du fonctionnaire suivant les règles du droit civil.

Les circonstances ont d'ailleurs favorisé cette patrimonialité.

L'étendue de l'Empire et l'impossibilité de maintenir dans une discipline étroite des fonctionnaires si éloignés et si puissants eux-mêmes par leur clientèle ont favorisé l'émancipation brutale et violente des fonctionnaires (1).

D'autre part, l'assimilation de la fonction publique et du bénéfice ou plutôt, la concession des terres bénéficiales attachées à la charge publique, passant du second plan au premier dans les demandes et dans les collations de ces charges, fit que le caractère domanial des terres confirma ce caractère dans la fonction publique (2).

Conséquence logique de la domanialité de la puissance publique, favorisée par l'impuissance de l'autorité centrale à maintenir l'unité de l'Empire et par la confusion de la fonction et du bénéfice, la patrimonialité des fonctions publiques fut vite un fait accompli : l'édit de Kiersy le constata et le fit entrer dans le domaine du droit.

Une thèse traditionnelle prétend cependant que cet édit a créé une situation tout à fait nouvelle et qu'il est une

1. ESMEIN : *op. c.*, p. 139 : « Cela a été parfois le résultat d'une usurpation proprement dite que le pouvoir royal n'a pu réprimer et que par suite il tolère ». C'est ce qui arrive de très bonne heure pour les comtes bretons (GRÉGOIRE DE TOURS : *Hist. Franc.*, IV, 4 et V, 16 ; WAITZ : *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 3^e édit., III, p. 364) et pour les ducs d'Aquitaine.

2. M. Esmein pense même que l'assimilation s'est directement opérée, *op. c.*, p. 139.

concession arrachée à la faiblesse de Charles le Chauve. Après Hotman (1), Montesquieu remarque que la féodalité est née plus tard en Allemagne parce que Louis le Germanique fut plus énergique que Charles le Chauve (2) ; Mably développe l'idée alors très répandue dans le peuple que le fondateur de la tyrannie a été Charles le Chauve (3), car le tyran c'est le seigneur et le peuple cherche dans le roi un défenseur contre lui ; Merlin reproduit la même opinion (4) qui domine chez la majorité des historiens contemporains, Guizot, Desmichels (5), Michelet (6) Cheruel (7) et Henri Martin pour qui « l'édit de Kiersy est l'acte d'abdication de la royauté » (8).

Les faits que nous avons exposés démentent cette opinion : il y eut une évolution lente vers la patrimonialité des fiefs, une transformation progressive du droit du fonctionnaire sur la fonction, droit qui devint de plus en plus fort en partant de la possession précaire au droit de propriété et nous montre quels faits historiques successifs ont marqué les différentes étapes de cette patrimonialité.

Il n'y a pas eu en France de « loi publique introductive des fiefs » (9), « l'usage s'en est introduit sans qu'aucun

1. HOTMAN : *Franco-Gallia sive tractatus isagogicus de regimine regum Galliae et de jure successionis*, 1573. Genève.

2. MONTESQUIEU : *Esprit des lois*, liv. XXXI, chap. 30, Ed. Laboulaye. Paris, 1878, Tome VI, p. 80.

3. MABLY : *Œuvres, édit.*, 1794-1795, T. I. p. 279-280.

4. MERLIN : *Répertoire de Jurisprudence*, voir fief.

5. DESMICHELS : *Précis de l'histoire du Moyen-Age*, 1831, II. 372.

6. MICHELET : *Histoire de France*, 2^e édit., 1835, Tome I, p. 407.

7. CHÉRUUEL : *Dict. des Institutions*, 1880, 5^e édit., p. 405.

8. HENRI MARTIN : *Histoire de France*, I, p. 467.

9. MARCHAND : *Système nouveau sur l'origine des fiefs*. Paris, 1776.

décret ou ordonnance l'eût établi » (1), comme il s'est introduit dans tous les pays de l'Europe centrale au x^e siècle, même au Japon au xviii^e siècle, où l'édit de Kiersy n'a eu aucune influence. Si la puissance publique avait abdiqué complètement à Kiersy, la royauté n'aurait pas encore duré plus d'un siècle et les Capétiens n'auraient pu avoir des droits et prérogatives absolus puisqu'ils continuaient une royauté qui se serait limitée elle-même dans son pouvoir (2).

En réalité, l'édit n'est qu'un accord temporaire ; le fameux article 9 ne traite que l'administration provisoire et intérimaire des comtés et bénéfices, dont les titulaires viendront à décéder pendant l'absence du roi, et affirme ainsi le droit de libre disposition de l'Empereur (3). Même après l'édit, l'hérédité des fonctions n'est pas définitive (4), il y a des fonctions viagères jusqu'à la fin du xi^e siècle (5). Il n'y a donc pas d'abîme entre la période antérieure, entre la date

1. CHANTEREAU-LEFÈVRE : *Traité de l'origine des fiefs*. Paris, 1662.

2. LUCHAIRE : *Histoire des Institutions monarchiques*. 1883, I, 36-37.

3. ZOEPFL : *op. c.*, en note, p. 105. L'Édit de Kiersy n'est qu'un « acte de circonstance », (E. BOURGEOIS : *Le Capitulaire de Kiersy*, p. 6) dicté par les nécessités du moment, mais par lequel Charles le Chauve ne gagna ni ne perdit rien. Appelé par le pape en Italie, il apprend pendant son absence qu'une révolte de seigneurs est soulevée par une coalition de Louis le Bègue, Boson, les deux Bernard ; ceux qui l'accompagnent expriment leur crainte de se voir par la force dépouillés de leurs comtés dont ils se croient déjà propriétaires. L'empereur accourt et pour éviter pendant son absence des guerres privées relatives à l'occupation des comtés, pour garantir les droits de ceux qui l'accompagnent et qui ne le font qu'à cette condition, il dicte le capitulaire de Kiersy, dont l'effet doit tomber à son retour. Voir l'a. 9 dans Bourgeois, *op. c.*, p. 46.

4. LUCHAIRE : *op. et loc. cit.*

5. LUCHAIRE : *op. c.*, II, p. 5 et 17.

de 877 et celle qui la suit; c'est que la loi ne crée pas les faits, elle les suit, elle n'est que le miroir où ils se reflètent; mais à ce titre elle nous est précieuse car elle nous permet de déterminer quelle est la conception qui s'en dégage.

Ainsi dans l'édit de Kiersy nous découvrons le degré de réalité auquel est parvenu le droit sur la fonction, en voyant comment sont régies les deux prérogatives essentielles : le droit de transmettre sa chose par succession et celui de la céder par une vente (art. 9, § 10).

L'art. 9 maintient dans la forme le droit pour le roi de disposer librement de l'office et de révoquer le titulaire actuel (1), mais il révèle que dans le fond, il ne peut s'opposer à ce que l'office se transmette au fils du titulaire défunt (2); l'art. 10 nous apprend que le comté peut être transmis par le titulaire même de son vivant à un tiers (3).

La patrimonialité des fonctions passe dès lors du domaine des faits dans celui du droit; les édits successifs rendus sur cette matière confirment de plus en plus leur caractère patrimonial. La domanialité de la souveraineté s'applique successivement à toutes les délégations de la puissance

1. Le roi demande en effet qu'on ne dispose pas des comtés « jusqu'à ce que nous ayons eu connaissance de ce fait » (le décès du titulaire); que le fils ne conserve le comté que « jusqu'à ce que nous en soyons informés »; que l'administrateur délégué par les héritiers ne le garde que « jusqu'à ce que nous puissions en disposer » et surtout le roi recommande « que personne n'aille s'irriter si nous donnons le comté à d'autres qu'à cet administrateur provisoire » (V. a. 9).

2. Cela se fait couramment puisqu'on n'avertit le roi qu'après la transmission (arg. a. 9).

3. a. 10 « Si l'un des fidèles après notre mort par amour pour Dieu et pour nous s'avise de renoncer au monde et qu'il ait un fils ou un parent capable de rendre service à l'Etat qu'il puisse disposer de ses *honneurs* à son gré... » C'est bien là le droit de disposer de l'*honor*, c'est-à-dire de la fonction.

publique, à tous les *honores* (1), non seulement à ceux qui sont conférés directement par le roi, mais encore à ceux qui sont colloqués par l'intermédiaire des ducs et des comtes (2); les officiers nommés par ces derniers n'ayant pas agi autrement à leur égard que les ducs et les comtes eux-mêmes à l'égard du roi. Au x^e siècle, l'évolution est accomplie : la hiérarchie administrative est devenue la hiérarchie féodale, et les anciens fonctionnaires sont tous propriétaires de leurs fonctions.

Avant d'examiner si le droit de propriété peut s'appliquer aux fonctions publiques actuelles, il nous faut examiner la seconde période de l'histoire du droit français pendant laquelle cette théorie paraît également avoir reçu une application.

b) *Les offices de l'ancien régime.* — Sous les rois de la seconde race les grands offices étaient devenus patrimoniaux, en se transformant en seigneureries; pour les offices moins considérables, la notion du droit réel ne s'établit qu'au moyen âge par la ferme des prévôtés.

Si la mise en ferme des prévôtés ou leur mise en garde faisait l'objet de ventes, achats, reventes, ce n'était là que des prises à bail ou cessions de bail. Ainsi que nous l'avons vu précédemment(3), le louage des offices de justice dura

1. L'a. 8 de l'édit de Kiersy, quoique n'insistant que sur les comtés, pose la question de l'administration provisoire pour tous les « honores » : « Si antequam redeamus, aliqui honores interim aperti fuerint considerandum quid exinde agatur? » Or par « honor » on entend à cette époque dans les textes toutes les fonctions publiques, civiles ou ecclésiastiques (PERTZ : *Leges*, I, p. 429, 449, 473, 487, 494 ; BOUQUET : VIII, p. 62, 94, 215, etc.).

2. ESMEIN : *op. c.*, p. 140 ; SICKEL : *Beiträge*, p. 28.

3. PASQUIER : *Recherches de la France*, livre IV, ch. XVII ; LOYSEAU : *op. cit.*, livre III, chap. I, n^o 76.

jusqu'au ^{xv}^e siècle, époque à laquelle ils furent l'objet d'un contrat dont l'effet devait être non plus temporaire mais viager(1). Ce fut alors en quelque sorte une constitution d'usufruit; jusqu'en 1604 les offices « ne consistent, dit Loyseau, qu'en un *usufruit* attaché à la personne du pourveu(2) ». Ce droit personnel et viager ne peut être ni cédé à un tiers, ni transmis par succession; à la mort du titulaire, « il va se réunir à la *nue propriété* restée dans les mains du roi(3) ».

Mais il arriva que les officiers furent admis à vendre ce qu'ils avaient acheté. Cette vénalité s'établit sous Louis XII et François 1^{er} par application et par imitation de ce qui avait lieu dans la pratique bénéficiale (4). Henri IV en fixa la redevance annuelle (1604), Louis XIII (Ord. 1629) et Louis XIV en tirèrent de grandes ressources en les multipliant, en érigeant en fonctions des services jusque-là privés, des professions industrielles et commerciales dont l'exer-

1. RAGUENAU : *Glossaire*, v^o *Prévost fermier*.

2. LOYSEAU : *op. cit.*, livre II, chap. VII, n^o 44, Cf., livre I, ch. II, n^o 36 ; liv. III, ch. III, n^o 3 ; GLASSON : *op. et loc. cit.*

3. LOUIS-LUCAS, *op. cit.*, T. II, p. 48.

4. C'est en effet par les fonctions ecclésiastiques que commença la vénalité. A l'origine, les fonctionnaires ecclésiastiques recevaient un traitement et n'étaient qu'administrateurs des biens de l'Eglise. Sous Grégoire VII, ils les détiennent déjà à titre de bénéfices, avec droit personnel de jouissance ; on admit vite pour ces bénéfices la résignation *in favorem* faite au pape (LOUIS-LUCAS : II, 13). La résignation passa dans le droit laïque sous saint Louis et fut maintes fois supprimée puis rétablie, pour raisons financières. L'ordonnance de Blois en 1498 (ISAMBERT : T. II, p. 345), rendue par Louis XII et celle de 1522 par François 1^{er} fondèrent définitivement la vénalité qui malgré quelques accrocs fut confirmée par l'ordonnance de 1567 (ISAMBERT : T. XIV, p. 225) sur la transmission des offices. L'Edit de Paulet ne fit que la réglementer. Voir l'historique très complet de la vénalité dans LOUIS-LUCAS : *op. cit.*, p. 5-34.

cice n'avait rien de commun avec la puissance publique. Les fonctions municipales (1), des métiers (2) comme ceux de perruquier (3), de ménétrier (4), de jaugeur de vin devinrent des fonctions vénales. Tel fut l'état de choses jusqu'à la Révolution.

Mais le droit de propriété ne fut réellement établi que du jour où les titulaires des offices purent, non seulement les céder à un tiers, mais encore les transmettre par héritage. Alors on ne peut plus dire qu'il s'agit d'un droit personnel et viager, le droit du titulaire de l'office est patrimonial et perpétuel ; ce n'est plus un usufruit mais une propriété, et c'est ce caractère que lui donnent beaucoup d'auteurs (5).

L'hérédité fut d'abord concédée comme une faveur spéciale : Henri II l'accorda aux greffiers (6), puis aux agents des forêts (7), François II en fit un privilège particulier aux sergents, archers, huissiers tués dans l'exercice de leurs fonctions, et dont les veuves et enfants recueillaient l'office ; Henri IV, par les édits des 4 et 12 décembre 1604, en fit une mesure générale (8) qui ne subit dans la suite que des modifications temporaires et reçut une application de plus en plus

1. *Edits de Versailles*, août 1692, août 1701, 19 août 1702, décembre 1706.

2. « Non seulement toute fonction, mais presque tout métier devint, office » (THIERCELIN ; *Essai sur l'histoire du droit*).

3. DENISART : V^o *perruquiers* « les places de barbier-perruquier sont immeubles et héréditaires ».

4. D'AURIAC : *La corporation des ménétriers et le roi des violons*. (*L'Investigateur*, journal de la Société des études historiques, 1879, p. 289 et s.).

5. Voir LOYSEAU : *op. cit.*, liv. II, ch. I.

6. Edit de 1580 LOYSEAU, *op. cit.*, II. 8. 1

7. Edit de 1583. LOYSEAU : *op. cit.*, II. 8. 3 et s. (ISAMBERT : XIV, p. 609).

8. Voir l'étude de cet édit dans LOUIS-LUCAS : *op. cit.*, II, p. 47 et s.

large par la soumission de nouveaux offices à l'édit de Paullet (1).

Dès lors la patrimonialité, au moins pour beaucoup d'offices devenus aliénables et héréditaires, est établie en droit ; le titulaire en jouit comme des autres biens qu'il a, en toute propriété ; il peut les hypothéquer (2), se les voir saisir (3) ; cet office n'entre pas en communauté (4), le prix de vente constitue un préciput au profit du titulaire ; l'achat en fait un conquêt de communauté, etc.

Aussi des auteurs donnent-ils au titulaire de l'office un véritable droit de propriété et quand M. Hauriou nous dit que le droit de la fonction publique s'est orienté vers le droit réel, il entend assimiler le droit de l'officier au droit de propriété : « la théorie de la possession peut conduire à l'idée de la propriété de la fonction par la pratique de la vénalité des offices et par la conception féodale du bénéfice » (5).

Nous ne pensons pas cependant qu'on puisse appliquer à une fonction publique la théorie du droit de propriété ; si ce droit, au sens strictement juridique, a pu exister pendant la féodalité, parce qu'alors il portait sur des bénéfices, et que la puissance publique elle-même était possédée à titre de propriété par le roi, il ne peut du moins être appliqué à

1. Cette application ne fut jamais absolument générale car Loyseau, à côté des offices patrimoniaux à la fois vénaux et héréditaires complètement dans le commerce, place les offices simplement vénaux qui ne sont que dans « le commerce des contrats et non dans celui des successions » et les offices non vénaux qui ne sont pas du tout dans le commerce.

2. LOYSEAU : *op. c.* II, 7, n^o 36 et s.

3. LOYSEAU : *op. c.* II, 7, n^o 47 et s.

4. LOYSEAU : *op. c.* II, 7, n^o 55-57.

5. S., 92. 3. 18.

la prérogative des titulaires d'offices même vénaux et héréditaires.

En effet les Capétiens pour rétablir le pouvoir de la royauté sur les vassaux devenus indépendants, ont invoqué l'idée de l'Etat et les légistes ont reproduit sur ce point les théories du droit romain. Les rois invoquent toujours, pour justifier leurs interventions et leur pouvoir, ce prétexte, qu'ils parlent au nom de l'Etat, dont ils sont le seul organe, puisque le roi est Empereur en France (1). Mais cette idée qu'ils invoquent se retourne ensuite contre eux-mêmes ; on l'oppose au roi comme il l'a lui-même opposée à ses vassaux. C'est l'Etat et non le roi qui devient en droit le titulaire de la souveraineté ; le roi n'en a que l'exercice et par conséquent il ne peut qu'en déléguer cet exercice, il n'a pas le pouvoir d'en aliéner la substance ; celle-ci ne peut donc faire l'objet d'une concession, d'un droit de propriété pas plus de la part des fonctionnaires que de la part du roi.

C'est la théorie que soutiennent ceux que Barclay (2) appelait en 1600 les « monarchomaques. » Hotman, dans sa *Franco-Gallia*, insiste sur ce point que la puissance publique n'existe que dans l'intérêt de tous les membres de la nation et par conséquent n'appartient qu'à leur ensemble ; il rappelle que le souverain pouvoir était jadis au *Concilium* des Francs, dont les Etats généraux sont les continuateurs (3) ; Philippe Pot, dans son discours aux Etats

1. LE BRET : *De la Souveraineté*, l. c.

2. BARCLAY : *De regno et legali protestate*, 1600.

3. HOTMAN : *Franco-Gallia*, 1573. Déjà pour d'autres motifs avaient montré que la propriété de la souveraineté n'appartient pas au roi : SAINT THOMAS D'AQUIN : *De regimine principum*, 1630, liv. III, ch. XI ; MARSILE DE PADOUE : *Defensor pacis*, liv. I, ch. XII et liv. III, ch. VI,

généraux de 1484, avait invoqué, l'exemple de la République romaine et de l'élection des magistrats pour prouver que la souveraineté n'appartient pas au roi mais au peuple (1). C'est cette doctrine de l'école libérale qui, malgré les théories absolutistes de Bodin (2), dont l'influence fut considérable, et celles de la divinité de la souveraineté chez Le Bret (3) et Bossuet (4), malgré les prétentions des rois (5), finit par triompher dans notre Constitution de 1791. Le décret du 12 septembre 1791 qualifie le roi de « premier fonctionnaire public » (6) et la Constitution déclare que tout pouvoir ne peut être exercé que par *délégation* de la nation (7). Aussi nie-t-on la validité des con-

1. *Journal de Masselin*, p. 146. On peut encore citer dans le même sens : HUBERT LANGUET (?) : *Vindiciae contra tyrannos*; JEAN BOUCHER : *De justa Henrici tertii abdicatione*, 1589.

2. BODIN : *Les six livres de la République*, 1576; LOYSEAU voit cependant dans le roi à la fois l'officier du peuple et le délégué de Dieu; il sert de transition entre la théorie de la souveraineté du peuple et celle du droit divin.

3. LE BRET : *De la souveraineté*, ch. II, p. 4.

4. BOSSUET : *Politique tirée des propres paroles de l'Ecriture sainte*, à Monseigneur le Dauphin.

5. Louis XV (Edit de décembre 1770. Isambert, XXII, 506) fit cette déclaration en plein parlement : « Nous ne tenons notre couronne que de Dieu. Le droit de faire des lois par lesquelles nos sujets doivent être conduits et gouvernés nous appartient à nous seul sans dépendance et sans partage. » Cf. ESMEIN : *Droit constitutionnel*, 2^e édit. p. 160.

6. Décret du 12 septembre 1791, § 3, a. 3. Voir la discussion sur ce point dans les séances de l'Assemblée constituante des 25 février, 25, 28, 29 mars 1791; cf. Constitution III, 4, 1. « Le roi est le chef suprême de l'administration générale du royaume. »

7. Titre III, a. 2. La constitution annule même sur ce point et ajoute, III, 4, 1 : « Au roi est *délégué* le soin de veiller à la sûreté extérieure du royaume. »

cessions de souveraineté faites par les rois à l'époque féodale (1).

Mais à plus forte raison l'on nie à l'officier titulaire d'un office même vénal et héréditaire la qualité de propriétaire. Dès le dix-septième siècle on fait la distinction dans le droit de l'officier entre le droit à l'exercice de la puissance publique et le droit à la finance de la charge (2).

La finance, c'est une créance représentative des deniers payés par le premier acquéreur ; elle est dans le commerce ; elle a été acquise du roi et fait l'objet d'un contrat à titre onéreux ; elle peut être transmise par vente à un tiers ou par succession à un héritier. C'est cette créance que l'on peut à la rigueur considérer comme une chose, un bien susceptible d'être hypothéqué, saisi, qui en un mot est l'objet du droit de propriété (3).

Mais la parcelle d'autorité publique attachée à l'office, c'est-à-dire le titre, n'est pas inhérent à la finance de l'office. Le roi n'a pu la céder en propriété puisqu'il n'en est pas lui-même propriétaire : elle appartient à l'Etat, elle est inaliénable. Fût-il propriétaire, l'Etat n'entend pas perdre le droit de nommer aux emplois (4). Le souverain en a l'exercice, il peut déléguer cet exercice ; il le fait même par une commission spéciale attachée au titre de l'office, et le titulaire de la charge a ainsi le droit de mettre en œuvre la puissance publique (5).

1. HOTMAN : *Franco-Gallia* ; MABLY : *Œuvres*, 1794-1795, t. I, p. 279-280.

2. LOYSEAU : *Op. cit.*, liv V, ch. IV., n° 17 ; livre I, ch. II, n° 36 et 37 ; MERLIN : *Rep. v° Hypothèque*, sect. I, § 3, n° 5.

3. POTHIER : *Traité de la communauté*, éd. Bugnet, t. VII, p. 90.

4. Voir l'édit de 1771.

5. Pour cette distinction de la finance et du titre, voir LOYSEAU : *l. c.* ; DURAND (Eug.) : *Des offices*, n° 105 et s. ; MERLIN : *Rep. v°*

Ainsi quand on dit que les offices de l'ancien droit étaient vénaux et héréditaires, on exprime par là que le droit de l'officier sur la finance de la charge était bien un droit de propriété ; mais on ne peut dire que la vénalité et l'hérédité s'appliquaient au titre de la fonction, puisqu'il n'était pas dans le commerce. La preuve c'est que le pouvoir royal pouvait retirer le titre, mais en remboursant la finance de l'office et ce retrait avait lieu normalement quand l'héritier, par exemple une femme, était incapable de recevoir le titre (1).

Cette distinction née des théories sur la puissance publique qui ont eu cours au xv et xvi^e siècles a été sanctionnée très clairement par plusieurs édits. « Ni la faculté de résigner, dit un édit de 1771, ni la sorte d'hérédité résultant du paiement de l'annuel n'ont pu porter atteinte au droit inséparable de notre *souveraineté* de disposer des offices, vacation arrivant. Cette faculté et cette hérédité ne sont qu'un privilège qui, sans anéantir la règle générale, peut simplement déterminer le choix que nous faisons des successeurs à l'office mais non le contraindre, et ne donne d'autre droit que de revendiquer *la finance qui ne doit en aucun cas être confondue avec le corps même de l'office* ».

A plus forte raison dans notre droit moderne où les droits de la Nation ont été reconnus et mis par les lois au dessus de ceux qui n'ont que l'exercice de la puissance publique, la fonction publique ne saurait-elle être l'objet d'un droit de propriété ! En France la vénalité et l'hérédité

office, n^o 2; PERRIQUET : *op. cit.*, n^o 51, p. 59; LOUIS-LUCAS : *op. cit.*, II, p. 128, note 25.

1. POTHIER : *Des obligations*, éd. Bugnet, II, p. 64 et s. ; *Introduction générale aux coutumes*, ch. III, sect. I, art. II, n^o 57; et *Traité des personnes et des choses*, II^e partie, § 2, n^o 267. MERLIN, *Rép. v. office*, n^o 11.

des charges a succombé avec tous les privilèges le 4 août 1789. La Constituante en supprimant ces faveurs n'a fait qu'user du droit de révocation de l'ancien gouvernement, du droit de reprendre l'office, à condition d'en rembourser la finance (1). Pour les officiers ministériels, l'art. 91 de la loi de finances du 28 avril 1816 a rétabli le droit de présentation du successeur, ce qui en fait oblige le gouvernement à tenir compte de cette circonstance qu'ils ont payé leurs charges ; en droit cependant, ils restent des fonctionnaires nommés et révoqués par le gouvernement sans droit de propriété sur leur charge. Aussi la théorie des offices vénaux et héréditaires de l'ancien régime n'a-t-elle même pas pour notre question un intérêt historique, puisque c'est par une fausse interprétation des règles du droit des offices qu'on a pu voir dans le droit du fonctionnaire un droit de propriété.

Il n'en est pas de même, avons-nous dit, des bénéfices féodaux, parce qu'alors la puissance publique était véritablement patrimoniale et par suite le droit réel du roi pouvait devenir un droit réel du fonctionnaire. Seulement le caractère de la puissance publique s'est modifié, de patrimoniale celle-ci est devenue nationale grâce à la reconstitution de l'Etat.

Les mérovingiens et les carolingiens avaient incorporé la souveraineté dans le domaine privé parce qu'ils se basaient sur leur droit de conquête (2) ; les Capétiens ne tenaient plus leur pouvoir que de l'élection et n'avaient ainsi qu'une souveraineté déléguée (3). Toute l'histoire des rois de la troisième race n'a été que celle de la lutte entre la souveraineté des rois et celle de la nation : les rois ont usé

1. LAFERRIÈRE : *Juridiction administrative*, 2^e éd., I, p. 578-579.

2. Voyez plus haut les théories de Novicow, ch. I, sect. III, I.

3. « Qui t'a fait comte ? » demandait un jour le roi à un vassal rebelle, « Qui t'a fait roi ? » répartit le comte.

de la théorie de la souveraineté de l'Etat contre les féodaux, les Etats, les Parlements s'en sont servi contre la royauté. La doctrine a d'ailleurs fortement contribué à défendre les droits de la nation ; après les légistes et les monarchomaques, l'Ecole du droit de la nature et des gens, faisant du contrat social le fondement de l'Etat ne saurait regarder la souveraineté comme un droit du roi et que celui-ci peut aliéner à son gré. « Si l'on s'est soumis, dit Bœhmer, à la domination de quelqu'un il ne s'ensuit pas qu'on lui ait donné par cela même le pouvoir de transférer ce droit à tel autre qu'il voudra (1) ». Grotius (2) réfute l'opinion émise par Thomasius qui dans ses notes sur Huber (3), déclare que « rien n'empêche le pouvoir souverain d'entrer dans le commerce » et fait remarquer que son aliénabilité n'a jamais été juridiquement établie (4). Aussi la puissance publique est-elle considérée comme non susceptible de propriété ; « le pouvoir souverain, dit Barbeyrac, n'emporte pas lui-même un droit de propriété, ce sont deux idées tout à fait distinctes et qui n'ont aucune liaison nécessaire l'une avec l'autre (5) ». Le droit moderne l'a solennellement proclamée inaliénable (6). Le fonctionnaire ne peut donc avoir un droit de propriété sur une parcelle quelconque de la puissance publique.

Ainsi la théorie du droit de propriété inexacte même pour

1. BŒHMER : *Introductio ad jus publicum universum*, p. 228.

2. GROTIUS : *De jure belli ac pacis*, p. 134 et s.

3. *De jure civitatis*. Livre I, sect. III, ch. 2, § 19, p. 69-70.

4. GROTIUS : *op. cit.* p. 134 : « Quand on demande quels sont ceux qui ont le droit d'aliéner la souveraineté, on répond que ce sont ceux qui ont la souveraineté patrimoniale ; et quand on veut savoir ce qu'est une souveraineté patrimoniale, on vous répond que c'est celle de l'homme qui peut aliéner la souveraineté ».

5. Note de la traduction du *De jure* de Grotius, liv. I, ch. III, p. 134.

6. Constitution de 1791, titre III, a. 1^{er} ; Constitution de 1848. a. 1^{er}.

les offices vénaux et héréditaires, exacte pour les fiefs, ne peut aujourd'hui recevoir aucune application.

Si le langage commun emploie parfois l'expression de propriété pour désigner le droit du titulaire de certaines fonctions, du professeur sur sa chaire, de l'officier sur son grade, du juge sur son siège, c'est là un abus de mots dont l'origine est précisément historique ; mais il n'y a qu'une analogie entre le droit très protégé du fonctionnaire avec le droit du propriétaire sur sa chose ; il n'y a pas identité.

Les lois spéciales punissent même les fonctionnaires qui résignent à prix d'argent leurs fonctions en faveur d'un tiers qui espère s'y faire nommer. Ainsi, la loi du 9 juin 1853 sur les pensions civiles, déclare déchu de ses droits à la pension de retraite le fonctionnaire qui aura commis cet abus (art. 27) ; et la jurisprudence a toujours annulé les ventes de fonctions publiques autres que celles des offices ministériels : il en a été ainsi jugé de la vente d'un emploi de garde-port (1), d'une charge de chancelier de consulat (2) ; elle annule même les ventes déguisées sous la forme de démission obtenue à prix d'argent (3).

D'ailleurs cette théorie est définitivement condamnée. Sans doute elle a l'avantage de procurer au fonctionnaire, avec l'inamovibilité, l'indépendance de le soustraire ainsi aux intrigues politiques et d'assurer son impartialité. C'est pourquoi elle trouve encore de rares échos, comme celui d'une proposition de loi de MM. l'abbé Lemire et Ducos pour qui « la *possession* paisible et permanente ou si l'on veut la *quasi-propriété* de la fonction est la meilleure et souvent la

1. Paris, 30 janvier 1857, S. 57, 2, 108.

2. Paris, 18 novembre 1837, S. 38, 2, 65.

3. Nancy, 12 novembre 1829, S. 30, 2, 187 ; Paris, 23 avril 1814 ; Paris, 8 novembre 1825, S. 26, 2, 225 ; Rennes, 13 juillet 1840, S. 40, 2, 414 ; Montpellier, 17 décembre 1849, S. 50, 2, 216.

seule garantie de la liberté individuelle (1) ». Mais elle peut désarmer l'Etat, elle accorde un privilège à la richesse, s'il y a vénalité, au lieu de laisser nommer les plus instruits et les plus capables.

Pour donner au fonctionnaire des garanties contre la révocation ou expliquer au moins juridiquement cette révocation, les juristes modernes ont eu recours à d'autres procédés. Au lieu de lier la fonction au fonctionnaire par un droit réel, ils ont pensé généralement que la fonction n'était pas une chose, et par suite que le lien de fonction publique unissait directement le fonctionnaire et l'Etat. L'objet du contrat de fonction publique n'est plus l'établissement d'un droit réel, c'est la création d'obligations personnelles.

Aussi devons-nous continuer l'examen des théories contractuelles de droit privé par l'étude des théories du lien personnel qu'on a fait résulter soit d'un mandat, soit d'un louage de services, soit d'un contrat innommé.

II. — *Les théories du lien personnel né d'un contrat de droit privé.*

Dès qu'on ne considère plus la fonction publique comme une chose, elle ne peut pas faire l'objet d'un droit réel, d'un *jus in re* ; il ne peut alors exister qu'une relation directe et personnelle entre le fonctionnaire et l'Etat.

Ces obligations personnelles de droit privé peuvent naître

1. Proposition faite à la Chambre dans la session de 1894, reproduisant une autre proposition de M. de Lorgeril « sur la *propriété* du grade ». Elle fut d'ailleurs repoussée sur un rapport sommaire de M. de Lasteyrie le 12 juillet 1894, *Journal Officiel* : Chambre annexe 824, II, p. 1142.

tre d'un contrat ou d'un quasi-contrat ; on les a fait dériver d'une gestion d'affaires, d'un mandat, d'un louage de services, d'un contrat innommé.

§ 1. — *Théorie de la gestion d'affaires* (1).

La gestion d'affaires est un engagement qui a été pris par le gérant mais n'a pas été accepté par le maître de l'affaire gérée. Aussi cette théorie doit-elle être étudiée avant celle du mandat puisqu'elle la précède historiquement, la fonction publique ayant d'abord été une usurpation de pouvoir, et logiquement, la gestion d'affaires étant plus près d'un état de fait que de l'état de droit créé par le mandat.

On applique cette théorie à la fonction publique des temps primitifs dans lesquels l'état de droit n'est pas complètement établi et aux gestions de fait accomplies par des particuliers sans mandat ou par des fonctionnaires en dehors de leur mandat.

Le premier gouvernement, dit Balicki, fut une armée en disponibilité (2) ; elle s'imposa aux populations, son chef, tirant son autorité d'une parenté divine (3) ou

1. Voir : MICHOUX : *De la gestion d'affaires dans les services publics* (*Revue générale d'administration*, 1894. II, p. 5 et 146) ; BÉQUET : *Répertoire de droit administratif*, v^o *comptabilité de fait* ; BRONDI : *Le pubbliche amministrazioni e le gestioni d'affari*. Torino, 1895.

2. BALICKI : *L'Etat comme organisation coercitive de la Société politique*, p. 68.

3. « Depuis les *Διοτρεφεις Βασιλεις* des poèmes homériques jusqu'aux Stuarts et aux Bourbons les monarques ont souvent prétendu qu'ils tenaient leur institution non de la volonté du peuple mais de la divinité elle-même ». (ESMEIN : *Droit constitutionnel*. 2^e éd., p. 160).

l'ayant reçue par l'élection, est réputé le plus digne, le plus capable de gérer les affaires communes et de coordonner les actions divergentes des volontés individuelles. Il impose sa gestion aux habitants du territoire conquis. « Les souverains, qui se mettent d'eux-mêmes à la tête d'une nation, dit Tissot, et qui y sont tolérés, sont alors de véritables *negotiorum gestores* » (1). Le souverain devient ainsi le *représentant* officiel de la nation, mais comme il n'a pas eu un mandat exprès et volontaire de la part des intéressés, il reste un gérant : « La fonction de chef suprême est à l'origine une *gestion d'affaires*, une représentation d'un groupe organisé dans ses intérêts collectifs tantôt concordants, tantôt divergents » (2).

Du haut de l'échelle administrative la gestion d'affaires peut descendre jusque dans ses infimes degrés : une nomination formelle crée bien un mandat pour certains auteurs (3), mais ce mandat devient une simple gestion d'affaires dans deux cas : 1° quand il y a une interruption dans le fonctionnement des pouvoirs supérieurs parce qu'alors cesse la délégation formelle ; 2° quand il y a une imixtion de fait, sans délégation expresse, dans l'exercice d'une fonction, qu'elle soit l'œuvre d'un particulier qui n'a aucun pouvoir, ou celle d'un fonctionnaire qui agit en dehors de sa compétence. Ainsi pendant une révolution les pouvoirs légalement établis abdiquent ou sont légalement renversés. Entre le moment où l'ancien pouvoir disparaît et celui où le nouveau est légalement établi peut s'écouler un certain temps. Durant cette période, de qui les fonctionnaires

1. TISSOT : *Principes du droit public*. 1872.

2. BALICKI : *op. c.* Cf. : SPENCER : *Principes de sociologie*. III, 559.

3. DARESTE : *Justice administrative*. éd. 1898, p. 504 ; H. GUERIN : *De la responsabilité des magistrats publics*. Paris, 1883 (thèse), p. 3 et s.

peuvent-ils tenir leurs pouvoirs ? Il n'y a plus de déléguant, donc, dit-on, la délégation tombe comme le mandat par la mort du mandant. Si la machine administrative reste en mouvement grâce à la vitesse acquise, ses agents n'ayant plus de mandat légal ne sont plus que des gérants d'affaires.

En second lieu un citoyen peut faire spontanément un acte d'administration et gérer la chose publique d'une façon temporaire, dans l'intérêt de tous. Cela se produit fréquemment dans les temps troublés. On n'hésite pas alors « à reconnaître que si la nation ratifie *ex post facto* cette initiative il en résultera des actions réciproques issues du *quasi-contrat de gestion d'affaires*. La société sera tenue de respecter les actes qui lui auront été profitables par une sorte d'action *de in rem verso* et le *negotiorum gestor* sera soumis aux règles de la responsabilité qui incombe au mandataire » (1). En fait, dit-on, à maintes reprises, des exemples de ce genre se sont présentés et les gouvernements régulièrement institués ont toujours reconnu et ratifié les actes du pouvoir intérimaire.

Mais, chaque jour, même dans le cours ordinaire des affaires publiques il y a des cas de gestion d'affaires, soit qu'un particulier s'immisce dans la gestion ou le manie-ment des deniers publics, soit qu'un fonctionnaire dépasse son pouvoir et fasse des actes de gestion en dehors de ceux auxquels la loi l'a préposé. L'un et l'autre sont alors constitués comptables de fait, c'est-à-dire fonctionnaires publics puisque « le comptable de fait, dit M. Dareste, est assimilé au comptable en titre comme le gérant d'affaires

1. GUÉRIN : *op. c.* p. 2 et s. Cependant l'auteur confond à tort l'action *de in rem verso* et l'action *negotiorum gestor* qui doivent être soigneusement distinguées (voir MICHOD : *De la gestion d'affaires appliquée aux services publics*).

au mandataire » (1). Ces fonctionnaires sont des gérants d'affaires.

La théorie de la gestion d'affaires a été parfois appliquée par la jurisprudence et par les auteurs.

La jurisprudence civile après avoir repoussé cette thèse avant 1870 (2), s'est orientée depuis dans le sens d'une application aux services publics de l'action *negationum gestorum* qu'elle a accordée à un maire pour des dépenses qui avaient profité à la commune (3), à une congrégation qui avait « géré l'affaire de la ville d'une manière utile à celle-ci » en exécutant un traité scolaire non approuvé par l'autorité supérieure (4). Toutefois elle semble aujourd'hui vouloir repousser cette action (5).

Le Conseil d'Etat, dont on a cependant invoqué l'autorité pour l'admission de l'action *negotiorum gestorum* (6), tantôt l'a admise à propos de travaux « nécessaires

1. DARESTE : *La justice administrative*. p. 504, éd. 1828. Il en était déjà ainsi dans notre ancien droit : « Les deniers royaux », dit M. FLEURY (*l'institution au droit français*. I, 214) ont un privilège tout particulier, à savoir, que le seul maniement qu'en a eu un officier ou un particulier produit une obligation qui emporte hypothèque sur tous ses biens et contrainte par corps ». Cette disposition a été reproduite par l'art. 17 de l'ordonnance du 14 septembre 1822 et est devenue l'art. 25 de la grande ordonnance du 31 mai 1862 sur la comptabilité.

2. Cass. 18 juillet 1860, fabrique de Cellieu ; Poitiers, 21 mai 1867.

3. Cass. 14 mars 1870, ville de Toulouse ; 19 décembre 1877, ville de Bordeaux (rapport Dareste conforme). Cf. Versailles, 14 mai 1875 : commune de Chaville ; Caen, 18 novembre 1889 ; Rennes, 15 juillet 1889.

4. Cass. req. 12 décembre 1881, ville de Cannes. Il est vrai que dans bien des circonstances analogues la jurisprudence n'a appliqué que l'action *de in rem verso*.

5. Cass. 13 juin 1893. D. 9 3. 1 386.

6. Rapport Dareste précité (note 3).

ou utiles » (1), tantôt l'a rejetée en écartant toute appréciation par le juge, de l'utilité de la gestion, quand par exemple un maire paie des honoraires à un avocat qu'il consulte pour des affaires communales (2) ou fait faire des travaux (3) sans les autorisations nécessaires.

Des auteurs ont défendu la théorie de la gestion d'affaires : M. Dareste dit « qu'il n'y a aucune difficulté pour appliquer aux communes les règles relatives aux engagements qui se forment sans convention » ; Chauveau considère l'action de comptes dirigée contre les gérants de fait comme procédant du quasi-contrat de gestion d'affaires.

Ces différentes applications de la gestion d'affaires à la fonction publique nous paraissent toutes inexactes.

D'abord, dans le droit primitif, on ne saurait faire des conquérants et des usurpateurs, des gérants de l'affaire d'autrui, non pas seulement parce qu'ils gèrent ainsi surtout leurs propres intérêts, mais parce que ces individus ne sont pas soumis à des obligations de droit envers les citoyens qui sont sous leur domination. Leur premier acte a été une violation du droit ; leur volonté fait la loi ; ils n'y sont donc pas soumis à celle-ci ; ils sont en dehors du droit.

Ont-ils été choisis à l'élection ? Alors, avec la théorie de la représentation de droit privé, les conquérants et les usurpateurs ne sont pas seulement des gérants d'affaires, ce sont des mandataires (4), puisqu'ils ont un titre légal à la fonction qu'ils remplissent ; ils gèrent après avoir été

1. Conseil d'Etat 10 janvier 1856, 7 août 1886, 10 mai 1870, (motif) ; 11 mai 1881 (motif) ;

2. Conseil d'Etat 28 février 1827.

3. Cons. d'Etat 16 mars 1857, 23 avril 1837.

4. Nous verrons dans le paragraphe suivant que la théorie de la *représentation* est d'ailleurs inexactement appliquée au choix politique d'un organe de l'Etat.

désignés par les maîtres de l'affaire ; il y a accord de volontés et cet accord de volontés constitue non pas un quasi-contrat, mais un contrat parfait.

Pendant un interrègne, un fonctionnaire peut n'avoir plus au-dessus de lui de supérieur hiérarchique ; il fait, de sa propre initiative, des actes d'administration. Mais cela ne change en rien le caractère de sa gestion. Il ne reçoit pas son pouvoir, son droit de gérer ou d'exercer la puissance publique, du supérieur qui l'a nommé, préfet, ministre, roi, ou président de la République ; il tient son droit de la loi elle-même qui, seule, crée les droits, et en vertu de laquelle la fonction a été instituée ; il le tient de la loi qui est l'expression de la souveraineté nationale et qui reste en vigueur tant qu'elle n'a pas été abolie. Qu'importe alors celui qui a fait le choix des fonctionnaires, si la loi qui crée les fonctions reste debout (1) ?

On objecte que si le gouvernement nouveau est obligé de ratifier expressément les actes du gouvernement provisoire comme le maître doit ratifier les actes du gérant, c'est que sans cette ratification ils ne seraient pas valables. Mais cette approbation ne porte que sur des actes politiques ; le gouvernement en adoptant cette ligne de conduite cède généralement à des motifs politiques et à une idée générale d'équité, pour ne pas troubler des droits que les titulaires considèrent comme acquis. Quant aux actes d'administration, de pure gestion, leur validité n'a jamais été mise en cause ; et il est bien clair qu'en matière de gestion d'affaires on n'entend au contraire parler que d'actes de gestion.

1. Nous verrons dans notre théorie des fonctionnaires d'autorité (II^e partie, chapitre II) que le fonctionnaire a un droit propre à l'exercice de sa fonction, droit qu'il ne tient que de la loi.

Enfin, l'argument tiré de l'application de la gestion d'affaire aux comptables de fait qui deviendraient des fonctionnaires, n'est pas convaincant. En effet, il n'est d'abord pas démontré que la gestion d'affaires puisse s'appliquer aux comptables de fait. La dernière jurisprudence de la Cour de Cassation ne l'admet pas (1). Le Conseil d'Etat la rejette dans la plupart des cas (2) refusant de l'appliquer à un gouverneur des colonies (3) qui avait passé un contrat pour l'Etat, à un desservant (4) qui fait exécuter des travaux indispensables au presbytère, à un maire dépassant les crédits alloués par le Conseil municipal (5). Cette jurisprudence est conforme à un avis du Comité de l'Intérieur du 17 juin 1834 posant en principe que « les règles établies par les articles 1371 et 1375 du Code civil relatifs aux quasi-contrats ne peuvent être invoquées à l'égard des communes et des autres établissements publics », à une ordonnance au contentieux du ministre de l'Intérieur rendue le 8 avril 1842, et conçue dans les mêmes termes. La Cour des comptes repousse d'une façon absolue cette application des règles du droit privé de la gestion aux services publics (6).

C'est qu'en effet il y a dans cette application des articles 1372-1375 une question de fait et d'opportunité qu'une juridiction ne peut examiner sans empiéter sur le domaine de l'administration active. Il est un principe de droit public en vertu duquel il n'y a d'autres dépenses publiques que celles qui ont été régulièrement votées et autorisées par

1. Cassation, 13 juin 1893. D. 93, 1, 386.

2. Conseil d'Etat 23 avril 1837; 19 juin 1856.

3. Conseil d'Etat, 6 septembre 1826.

4. Conseil d'Etat, 13 février 1880.

5. Conseil d'Etat, 8 décembre 1882.

6. Cour des comptes 23 août 1870, ville d'Hazebrouck; 28 décembre 1875 commune de Pratz; 17 août 1880, commune de Bazencourt; 7 décembre 1881, commune de Saint-Yve.

l'autorité compétente. Admettre la gestion d'affaires, c'est, dit-on, violer les règles budgétaires puisqu'on impose à la commune ou à l'Etat une dépense que le Conseil municipal ou les Chambrés n'ont pas votée.

Sans trancher cette question, ni examiner s'il n'y a pas lieu de distinguer entre la reconnaissance de l'obligation et le paiement de la dette, opinion vers laquelle nous pencherions plus volontiers, nous ferons remarquer que, même en admettant l'application dans tous les cas précités de la gestion d'affaires, il n'en résulte pas que la relation soit applicable à la situation même du fonctionnaire public.

En effet, le comptable de fait est bien légalement assimilé pour la responsabilité et les règles de comptabilité au comptable en titre, mais il ne devient pas pour cela un fonctionnaire public. L'assimilation de deux situations juridiques à un point de vue donné et pour certaines règles déterminées n'emporte pas l'identité des deux situations distinctes dans tous les cas qui peuvent se présenter (1). Il n'a aucun des caractères des fonctionnaires que nous avons précédemment énumérés ; il n'a reçu aucun pouvoir de la loi, il ne fait pas d'une façon permanente des actes de gestion, son acte n'est qu'un accident ; il ne fait pas partie, à titre de comptable de fait, de la hiérarchie administrative : la gestion d'affaires peut donc s'appliquer en matière de comptabilité de fait sans que, pour ce motif, elle soit applicable à la fonction publique.

Ainsi, aucun des exemples proposés pour servir de point d'appui à la théorie de la gestion d'affaires ne subsiste après

1. Il est un théorème de géométrie qui démontre qu'il faut que deux droites aient au moins deux points communs pour se confondre.

l'examen critique qu'on en fait : elle doit donc à plus forte raison être rejetée comme explication générale de la fonction publique.

§ 2. — *Théorie du mandat.*

Le fonctionnaire n'est pas un gérant d'affaires, parce qu'il exerce généralement sa fonction en vertu d'une nomination de l'autorité supérieure; il y a donc de la part de l'Etat une manifestation de sa volonté de prendre le fonctionnaire à son service, et, si nous sommes en matière contractuelle, ce n'est pas d'un quasi-contrat, mais d'un contrat parfait qu'il s'agit; la gestion d'affaires acceptée par le maître de l'affaire devient un mandat (1).

Aussi la théorie du mandat est-elle soutenue avec plus de raison et rencontre-t-elle plus de faveur : M. Laferrière pense même que c'est la seule théorie possible du droit privé, que d'ailleurs il repousse lui-même : « Les rapports du fonctionnaire avec l'Etat, dit cet auteur, si l'on veut les faire rentrer dans les prévisions du Code, ne sont pas des rapports de préposé à commettant, ou de domestique à maître, mais des rapports de mandataire salarié à mandant, ainsi que l'ont reconnu tous les auteurs qui ont essayé de faire ces sortes de rapprochements entre le droit civil et le droit administratif » (2).

Sans être aussi générale, cette opinion a été fréquemment soutenue par les auteurs, les uns appliquant franchement la théorie du mandat civil, les autres en faisant un mandat spécial.

a) *Théorie du mandat civil.* — Elle est née, selon Ba-

1. Voir RHEM : *Die rechtliche Natur des Staatsdienstes*, p. 19.

2. LAFERRIÈRE : *Juridiction administrative*, 2^e éd. I, p. 619.

licki (1), lors de l'organisation encore corporative de l'Etat, de l'impossibilité de fait pour le chef d'exercer tous les droits régaliens sur un groupe social qui s'est augmenté en population et s'est étendu en territoire. Le prince a dû déléguer ses pouvoirs à quelques-uns d'entre les citoyens. Il n'y a alors aucun obstacle à la formation d'un contrat de mandat ; le roi incarne l'Etat qui n'existe pas en dehors de son chef ; l'accord se fait entre deux personnes sujets de droits : le roi mandant et le fonctionnaire mandataire ; cet accord a un but juridique : gérer des intérêts, et ce but a ses limites dans la nature même de la délégation.

Le mandat donné au fonctionnaire peut être spécial ou général (2).

Quand le représentant a une initiative illimitée qui peut sortir du but normal de la délégation ou même quand dans sa sphère d'action déterminée, il jouit d'une large indépendance dans l'exécution, il a un mandat général. C'est ce qui se produit quand les relations sociales ne sont pas délimitées très nettement, quand l'organisation de la société est plus corporative qu'étatique, ou même simplement quand les fonctions ne sont pas encore spécialisées.

Au contraire, quand l'initiative du représentant est réduite au minimum par la détermination précise du but qu'il doit rechercher, quand la limitation de sa délégation, quand les règles juridiques prévoient et fixent ses modes d'action et d'exécution, ce qui a lieu dans un état de droit plus avancé et lors d'une plus grande spécialisation des fonctions, il y a un mandat spécial.

C'est ce qui arriva, nous dit-on, sous l'Empire romain :

1. BALICKI : *L'Etat comme organisation coercitive de la société politique*, l. c.

2. BALICKI : *L'Etat comme organisation coercitive de la société politique*, p. 71.

c'est par l'expression *mandare* qu'on désigne en droit romain le fait de conférer une fonction publique(1).

Mais ce mandat, d'abord exprès, devient bientôt tacite; le fils succède à son père dans les pouvoirs qui ont été conférés à celui-ci; il acquiert ainsi un pouvoir qu'il ne croit plus tenir du mandant et qu'il considère comme un pouvoir propre; il se sépare du mandant et l'idée de mandat s'efface : c'est ainsi que les théoriciens de cette doctrine expliquent la féodalité(2). Cependant le souvenir du mandat n'est pas complètement disparu puisque l'usurpateur cherche après coup à faire ratifier son usurpation en se faisant donner l'investiture officielle du pouvoir.

Cette théorie du mandat redevient toute puissante après le régime féodal : on l'applique d'abord aux offices « mis en garde(3) », puis aux « commissions (4) ».

Au lieu de bailler à ferme un office au plus offrant et dernier enchérisseur, pour éviter les exactions de l'acquéreur qui pressurait les contribuables pour rentrer à toute force dans ses déboursés, très élevés par suite de la mise aux enchères, et même pour réaliser des bénéfices, il arriva qu'on les « mit en garde ». Dans ce cas, le titulaire en percevait les produits pour le compte du trésor public et son traitement était fixé par l'administration(5). Il ne spéculait plus, il n'était que le régisseur d'une partie du domaine public. Il n'avait qu'un *mandat* spécial et déterminé(6). Mais ce mode de perception des impôts fut malheureusement une exception sous l'ancien régime; dès que des besoins urgents

1. Dig. I. 16, 4, § 6; I. 16, 6; I. 16, 12; II. 1, 5-6.

2. BALICKI : *op. et loc. cit.*

3. Et. PASQUIER : *Recherches de la France*. IV. 17 et s.

4. LOYSEAU : *op. c.* Liv. I, ch. X, § 55 et s.; liv. IV, ch. V; DOMAT : *Droit public*, Liv. II, titre I, section I, n° 1.

5. PASQUIER : *op. et loc. cit.*

6. DALLOZ : *Répert. alph.* V^o fonction publique.

vidaient les caisses du Trésor public, on avait de nouveau recours aux baux à ferme⁽¹⁾.

C'est surtout aux « commissaires » que l'on a appliqué la théorie du mandat⁽²⁾. A côté des offices vénaux et héréditaires dont on ne pouvait être dépossédé qu'en vertu d'un jugement et qui éveillaient l'idée de patrimonialité, l'ancien régime créa des fonctions publiques appelées « commissions », dont les titulaires étaient révocables *ad nutum*.

Les rois instruits par l'exemple de la féodalité et par l'expérience quotidienne des difficultés que leurs suscitaient les hauts fonctionnaires possédant leurs fonctions à titre d'offices se sont toujours efforcés de développer les commissions aux dépens des offices. Philippe-Auguste⁽³⁾ combattit le système des offices, dangereux pour l'autorité royale ; il « réunit la sénéchaussée dans sa main » dit un historien⁽⁴⁾ en transformant en commission l'office tenu en seigneurie. Dès lors l'histoire de la fonction publique n'est que celle de la lutte des rois contre les officiers, de la transformation d'offices en commission, où, quand cette mutation était politiquement impossible, la création de fonction-

1. « Ce mode, dit PASQUIER, était considéré comme plus honorable, plus conforme à une bonne administration ; on le mettait en vigueur quand les circonstances le permettaient ». *Recherches de la France*. IV, 17.

2. LOYSEAU : *op. cit.* IV, 5 ; DOMAT : *op. cit.* II, 1 ; DARESTE de la CHAVANNE : *op. cit.* I, p. 64 ; LOUIS LUCAS : *op. cit.* II, p. 35 ; DARESTE : *Justice administrative*, p. 113.

3. Avant Philippe-Auguste, nous avons vu que Charlemagne ne donnait pas aux *missi* un pouvoir différent de ceux que les Capétiens confèrent à leurs commissaires.

4. Les fonctions des grands officiers étaient alors possédées féodalement par des seigneurs vasseaux du roi : ainsi les comtes d'Anjou étaient sénéchaux nés de France ; les seigneurs de Courtenai, grands bouteilliers. — DARESTE DE LA CHAVANNE : *Histoire de l'administration en France*. I, p. 64.

naires commissionnés à côté d'officiers inamovibles. les premiers acquérant peu à peu tout le pouvoir effectif, les seconds ne conservant que les honneurs et les avantages pécuniaires de la fonction (1). Le triomphe de la monarchie absolue est en même temps celui de la commission.

Or la commission, disent les auteurs, est un mandat. Primitivement, c'est un mandat spécial, conféré pour une affaire déterminée ou une catégorie particulière d'actes des services publics; le mandat tombe avec l'achèvement de l'affaire à gérer (2); malgré son peu de durée, cette commission constituait cependant une fonction publique; du xvii^e et du xviii^e siècle des cadres permanents de l'administration sont créés sous la forme de commissions, et le mandat devient un mandat général (3).

Elle a en effet le caractère essentiel du mandat : la faculté de révocation *ad nutum* par le mandat : « Le propre de la commission, dit Domat, est de conférer une fonction publique pour une durée indéfinie, mais d'être révocable à la volonté du prince (4).

Comme le mandat elle implique une délégation de pouvoir et le droit de représentation : « L'officier, dit Loyseau,

1. L'exemple le plus frappant est celui des intendants. Voir DARESTE DE LA CHAVANNE : *op. cit.*; CAILLET : *L'administration en France sous Richelieu*, Paris 1857; PIERRE CLÉMENT : *De la police sous Louis XIV.*

2. Nous avons vu plus haut qu'une fonction peut avoir un caractère temporaire pourvu qu'elle soit permanente. Ainsi même aujourd'hui la loi organique du 30 novembre 1875, a. 9-2^o, classe parmi les fonctions publiques les missions temporaires puisqu'elle se croit obligée de les exclure expressément de la catégorie des fonctions incompatibles avec le mandat de député.

3. M. ESMEIN : *Cours d'histoire du droit public* professé à la Faculté de droit de Paris (leçon du 12 novembre 1900).

4. DOMAT : *Droit public*, Livre II, titre I, sect. I, n^o 1. Cf. : LOYSEAU : livre IV, ch. V, § 55 et s., p. 464-465.

fait son exercice pour soi et en son nom comme propriétaire de son office, et le commissaire le fait pour et au nom de son déléguant, ainsi que le *procureur* besogne au nom de son maître, car enfin ce qu'est le procureur en fait privé, cela est le commissaire en fait public » (1). Or, une procuration est un mandat, c'est même la seule forme du mandat de l'ancien droit qui ait gardé aujourd'hui cette qualification (2).

De même encore que le mandat, la commission prend fin par la mort du commettant : « ainsi, dit Loyseau, les commissions qui seules ressemblent aux mandements et *procurations*, pour ce qu'elles n'ont autre fondement ni subsistance que par la volonté du collateur, ne peuvent durer après sa mort... » (3).

Comme le mandat enfin, la commission ne donne à son titulaire qu'un pouvoir déterminé et limité : « le pouvoir d'un commissaire est borné et limité par la commission, de laquelle il doit suivre exactement les termes, ainsi qu'un *procureur* celle de la procuration., au lieu qu'un officier dont la charge est générale... peut étendre davantage son pouvoir » (4).

Tous les caractères du mandat se trouvent ainsi dans la commission.

D'autre part il peut y avoir un véritable contrat c'est-à-dire un rapport entre deux personnes juridiques, le roi et le fonctionnaire.

En effet, à cette époque, c'est encore la théorie de la souveraineté personnelle du roi qui domine. La souveraineté naît et finit avec le roi qui en est le titulaire et avec lequel

1. LOYSEAU : livre IV, ch. V, § 39 p. 461. Cf. DARESTE : *Justice administrative*, p. 113.

2. Voir ci-dessous dans la théorie générale des fonctionnaires de gestion.

3. LOYSEAU : *op. cit.* : liv. I, ch. X, p. 127.

4. LOYSEAU : *op. cit.* : liv. IV, ch. V, § 39, p. 461.

elle se confond (1). C'est de lui et non de l'Etat que le fonctionnaire reçoit son pouvoir ; c'est en vertu de la souveraineté royale et non de la souveraineté nationale qu'il l'exerce, il n'est qu'un agent chargé de faire prévaloir la volonté royale (2) souveraine ; « l'intendant, dit M. Dareste, est le *représentant du roi* » (3), c'est ce qui est confirmé par ce fait que les contrats passés par le roi aussi bien avec les puissances étrangères qu'avec un fonctionnaire tombent avec lui (4). Dans la relation de la fonction publique il y a donc une relation entre deux individus, c'est-à-dire entre deux personnes juridiques, il peut y avoir contrat. Le roi contracte avec le fonctionnaire qui est son agent au même titre que ses serviteurs privés puisqu'il ne reçoit d'ordres que de lui et ce contrat conférant un pouvoir de représentation, révocable au gré du commettant, est bien un mandat dans les termes les plus stricts du droit civil.

Cette théorie du mandat appliqué à la « commission » s'est encore développée au xvii^e et au xviii^e siècle sous l'influence de Grotius et de l'école du droit de la nature et des gens. Cette école, considérant les nations comme des individus et voulant fonder un droit public, ne fait qu'appliquer aux Etats des notions empruntées au droit civil (5), elle base l'Etat lui-même sur un contrat ; la propriété sur l'occupation ; la députation aux diètes et Etats généraux (6) comme la fonc-

1. ESMEIN : *Droit constitutionnel*, 2^e éd. 1899, p. 2, note 3.

2. Exposé des motifs d'une proposition de loi de M. Marcel Barthe pour la collation des fonctions politiques. Sénat, 16 juillet 1885.

3. DARESTE : *Justice administrative*, p. 113.

4. ESMEIN : *op. et l. c.*

5. Cette opinion s'est perpétuée en Allemagne : l'école civiliste de Laband s'en réclame. Voir M. LARNAUDE : *Préface* de la traduction française du *droit public de l'Empire allemand* de M. GANDILHON, p. XII et s.

6. Voir le discours de Pétion à l'Assemblée constituante (Archives parlementaires, 1^{re} série. t. VIII, p. 582).

tion publique (1) sur un mandat et on en tire les conséquences logiques.

De nos jours sous l'influence d'autres idées et pour préciser des notions de droit public, on a encore ramené la fonction publique à un mandat.

M. Perriquet la classe dans ses *Contrats de l'Etat* (2), sous la rubrique du mandat mais sans justifier cette classification; M. Dareste (3) et certains arrêts de jurisprudence (4) défendent cette théorie mais en modifiant parfois la notion même du mandat ainsi que nous le verrons plus loin; MM. Balicki (5), Tissot (6), plus sociologues que juristes, n'en précisent pas les règles juridiques; cette théorie est encore acceptée par M. Guérin (7) en France; en Italie elle est partiellement soutenue par Meucci (8) et Miceli (9).

1. HARPPRECHT : *Consilia Tubingensia*. Tubingen, 1695. Cons. 95, p. 1813, n° 257; HULDERICUS AB EYBEN : *Scripta quae de jure civili privato, publico et feudali privatim edidit*. Strasbourg, 1708. 2^e partie, p. 180, n° 15 : « Magistratum et aliorum officialium constitutio fit quasi per contractum mandati, quo et privatus negotia sua alteri gerenda committit et uti mandatum privati hominis non suscipere cuilibet liberum est. »

2. PERRIQUET : *Les contrats de l'Etat*. Paris, 1884, p. 444.

3. DARESTE : *La justice administrative*, éd. 1898, p. 388.

4. Cass. 30 octobre 1886. D. 87, 1, 507; Cass. 29 mai 1886. D. 87, 1, 238.

5. BALICKI : *L'Etat comme organisation coercitive de la société politique*, p. 71.

6. TISSOT : *Principes du droit public*. Paris, 1872, t. I, p. 117, 118 143.

7. GUÉRIN : *De la responsabilité des magistrats publics*. Paris, 1883 (thèse), p. 2-3 : la fonction publique « est un mandat c'est-à-dire un pouvoir conféré par l'une des parties et accepté par l'autre d'accomplir au nom de l'Etat les actes de gestion et de commandement inhérents à son existence ».

8. MEUCCI : *Institut. di diritto amministrativo*. 1^{re} partie, section II, ch. V, art. 2.

9. MICELI : *Le guarentigie dei funzionari pubblici*. Catane, 1897, p. 63 et s.

Ces auteurs contemporains, analysant le contrat de mandat du droit actuel (a. 1894 et s.), pensent trouver tous ses éléments dans le contrat de fonction publique c'est-à-dire : 1^o les manifestations de volonté des parties par la nomination de l'Etat et l'acceptation du fonctionnaire (a. 1984) ; 2^o la représentation de l'Etat par le fonctionnaire (a. 1984) ; 3^o la délégation de pouvoir avec ses limites en dehors desquelles le fonctionnaire agit sous sa propre responsabilité et n'oblige pas le mandant (théorie des actes de la fonction et des actes personnels (art. 1989) ; 4^o enfin les obligations réciproques des parties, l'une devant faire des actes juridiques, au nom de l'autre, et celle-ci étant tenue de payer à la première le salaire de son mandat (a. 1999). On ajoute même que l'Etat doit exécuter les engagements pris par son fonctionnaire dans les limites de son pouvoir, conformément à l'article 1998, indemniser le fonctionnaire des pertes supportées à l'occasion de sa gestion (a. 2000) lui rembourser ses avances (a. 1999) conformément au décret du 31 mai 1862 (1) et faire respecter par les tiers les différentes prérogatives du fonctionnaire (a. 1998). Toutes les obligations de l'Etat spéciales à la fonction publique reçoivent ainsi une entière explication dans le mandat de droit civil. Qu'on n'objecte pas que cependant la compétence des litiges qui peuvent s'élever à leur sujet est administrative ; M. Dareste nous répond que cela n'affecte en rien la nature même du mandat parce que cette compétence « ne résulte que du but de l'action qui tend à faire déclarer l'Etat débiteur et de la nature du contrat qui est un acte essentiellement administratif (2) ».

1. L'avance du comptable constitue à son profit une créance sur l'Etat (édits de 1598 et de 1669 renouvelés par les décrets du 1^{er} avril 1808 et 31 mai 1862).

2. DARESTE : *op. c.* p. 390.

Inversement le fonctionnaire a les obligations du mandataire : « les obligations du fonctionnaire, dit M. Dareste, se résument dans les articles 1991, 1992, 1993 du Code civil (1) ». Il doit gérer sa fonction, est responsable pécuniairement envers l'Etat des manquements à ses obligations (a. 1991) ; il ne peut donner sa démission d'une manière intempestive ou de mauvaise foi [a. 1991, 2^e al.] ; il est soumis à un pouvoir disciplinaire et doit compte de ses actes, des deniers et matières qu'il a eu entre les mains (a. 1992-1993) ; il est obligé de restituer ce dont il se trouve dépositaire à la fin de son mandat et notamment les papiers et documents qu'il détient par suite de sa fonction (2). « Le fonctionnaire public, dit la Cour de Paris, exerce un *mandat* ; il se trouve lié par toutes les obligations nées de ce contrat ; il ne peut conserver les titres et papiers qu'il a reçus pour son *mandant* ; ainsi tous les documents qui par leur nature et leur distinction sont venus aux mains des fonctionnaires pour en user et les garder au profit du service dont il est chargé n'ont pas cessé d'être la propriété de l'Etat qui les a constamment possédés par son *mandataire*... » (3). Enfin conformément aux articles 1995 et 1996

1. DARESTE : *op. c.*, p. 408-409.

2. Paris, 11 décembre 1864 Pandectes chr. Tome IV, 2, 116.

3. Paris, arrêt cité : il s'agissait de papiers venant : 1^o de M. d'Etigny intendant sous Louis XIV ; 2^o d'un de ses descendants qui avait été sous-préfet de Dax, d'Aix, de Carpentras ; 3^o et de documents venant de Colbert lui-même, acquis par l'intermédiaire de M. de Serilly, beau-frère des frères Paris, qui lui-même les avait achetés au comte de Seignelay, petit-fils du grand-roi. Ces papiers et documents se trouvaient dans la succession de mademoiselle de Serilly et le sieur Beaudoin, curateur de cette succession, avait refusé de les livrer à l'autorité administrative. Le tribunal de Sens lui avait donné raison en première instance en refusant d'appliquer la théorie du mandat aux différents fonctionnaires ci-dessus énumérés.

les fonctionnaires ne sont pas, en principe, solidairement responsables; ils doivent l'intérêt de leurs débets pour les sommes qu'ils ont employées à leur usage à dater de cet emploi et pour celles dont ils sont reliquataires à compter du jour où ils sont mis en demeure (1) ».

En Allemagne comme en France, des décisions de jurisprudence ont également appliqué à la fonction publique les principes du mandat (2).

Tels sont les arguments tirés des principes mêmes du droit civil que l'on emploie pour appliquer à la fonction publique la théorie du mandat.

Mais on se sert également d'arguments tirés du droit public. La fonction publique, dit-on, est une délégation de souveraineté. Or la souveraineté a pour origine l'élection qui à tous ses degrés est un mandat : la fonction est donc un mandat électif, soit direct quand il s'agit d'un fonctionnaire élu, soit indirect quand la nomination est faite par un autre fonctionnaire élu à un ou plusieurs degrés, comme le Président de la République, ou même nommé, car en remontant de nomination en nomination jusqu'à l'origine de la première délégation de souveraineté, on arrive toujours à un mandat électif; chaque nomination secondaire est une élection indirecte (3).

En effet il faut écarter, dans l'étude des origines de la souveraineté, la théorie de la conquête, celle de l'extension de l'autorité paternelle, celle de la soumission individuelle, et celle du contrat social.

1. Dareste : *op. c.*, p. 409. — Décret 31 mai 1862, a. 368

2. Voir les décisions judiciaires citées en note par Laband : *op. cit.*, I, p. 391, note 4.

3. « Celui-ci (le Président de la République) en nommant les fonctionnaires fait en réalité fonction d'électeur ». ESMEIN : *Droit constitutionnel*, 2^e éd., p. 484.

La conquête n'explique pas en effet l'acquisition du droit de souveraineté. D'abord pour conquérir un pays, il faut déjà être souverain ; le chef de bande a déjà une souveraineté qui consiste dans le droit de commander à ses soldats. D'autre part une conquête, une usurpation est une œuvre de violence, de fait, or, à moins de consacrer le principe que la force fait le droit, on ne peut reconnaître à la conquête que l'effet d'engendrer des devoirs résultant d'actes injustes et non des droits. Elle ne peut être légitimée que par le libre consentement des vaincus ou de leurs descendants ; c'est aujourd'hui un principe de droit public, appliqué par la France en 1860 sinon par l'Allemagne en 1871, que toutes les annexions de territoires ne sont faites que du consentement de leurs habitants. Mais alors c'est le consentement individuel qui crée la souveraineté de l'Etat sur le pays conquis, et non la conquête elle-même.

L'extension de l'autorité familiale n'explique pas davantage la naissance de la souveraineté. La famille a bien été le noyau des premières sociétés et le père de famille a eu la première forme de l'autorité publique. Mais ce n'est pas comme père qu'il a été souverain ; la qualité de père donne autorité sur des enfants ; celle du souverain sur des sujets. Le caractère de ces deux autorités n'est pas le même ; la première appartient à la nature, à l'instinct qui réunit les animaux en couples de sexes différents, et les groupe en troupeaux ; la seconde est un lien de droit public créé par les hommes qui sont par lui réunis en un Etat ; l'une se justifie par les devoirs instinctifs nés de la procréation, et par le besoin de défense commune ; l'autre, par des besoins moraux de justice et d'égalité, par la nécessité de faire régner le droit ; la mission de la seconde commence quand celle de la première finit, c'est-à-dire quand l'enfant pubère s'émancipe. Alors, si l'enfant reste sous l'autorité du

père ce n'est plus pour des raisons naturelles, instinctives, de défense commune, c'est pour des raisons morales et sociales d'organisation, de justice et d'égalité. Il passe de l'autorité familiale d'un père naturel sous l'autorité publique du père légalement détenteur de cette autorité. On revient encore ainsi à la soumission individuelle.

La soumission volontaire, pure et simple ou conditionnelle, d'un individu à un autre a pu rendre compte de rapports de puissance tels que les rapports féodaux ; mais elle est insuffisante pour expliquer la souveraineté étatique.

Ce qui fait la supériorité d'un homme sur un autre suivant Haller, c'est la propriété, la force physique ou la force intellectuelle et morale. De là naissent trois espèces d'autorité : l'une patrimoniale, l'autre militaire, la troisième sacerdotale (1).

Remarquons d'abord que la souveraineté militaire est nécessairement élective, car la valeur et le courage militaire qui font distinguer le chef sont essentiellement personnels. Il en est de même de l'autorité sacerdotale, d'autant plus que souvent les prêtres ne se marient pas.

Reste l'autorité patrimoniale. Elle vient de ce fait qu'à l'origine, des individus, par des occupations ou par des acquisitions excessives, détiennent une surface du sol bien plus grande que celle qui leur était nécessaire pour vivre eux et leur famille. Les hommes qui manquaient de capital foncier pour acquérir les moyens nécessaires à leur subsistance furent obligés de se mettre à la discrétion du grand propriétaire, de solliciter ses concessions, de se soumettre à ses conditions, à son autorité. D'autres fois, l'individu propriétaire craignant d'être dépouillé, céda au plus puissant

1. HALLER : *Restauration de la politique* (analysée dans TISSOT ; *Principes du droit public*. Paris, 1872. Tomell, appendice I,

sa propriété pour que celui-ci lui en garantisse au moins la possession viagère. C'est ce qui arriva dans le Bas Empire.

Mais cette autorité patrimoniale est illégitime parce qu'elle n'a pas pour origine la liberté humaine. C'est par la faim qu'elle contraint les hommes ; elle ne saurait par là même être le fondement d'un droit. Il n'en faut pas dire autant de la souveraineté militaire ou théocratique, qui peut être conforme au droit parce qu'elle est une libre commission ; mais comme ses chefs sont choisis, c'est-à-dire élus, c'est dans le système de l'élection qu'il faut chercher l'origine de la puissance publique.

Il nous faut, avant de passer à la théorie de l'élection, examiner le système du contrat social dont l'influence est encore considérable. Pour les théoriciens du contrat social, cette convention met fin à l'état de nature et forme une nation en créant une autorité supérieure aux volontés individuelles : elle est l'acte juridique générateur de la souveraineté (1). Le contrat social a été unanimement consenti par des individus égaux entre eux et restant tels, et il a ainsi son fondement dans la liberté humaine. Chaque associé a aliéné tous ses droits à la communauté (2) ; la souveraineté de la collectivité est faite de ces sacrifices individuels ; le souverain est le corps social tout entier dont la volonté, c'est-à-dire la loi, est exprimée par l'organe du pouvoir législatif, c'est-à-dire de la majorité des citoyens.

Cette théorie sur l'origine de la souveraineté est cependant

1. GIERKE : *Althusius*, p. 92 ; GROTIUS : *De jure belli et pacis*, proleg., c. 15-16 ; livre I, ch. I, § 14 ; II, 5, § 17, etc. ; WOLFF : *Jus naturale methodo scientifica retractatum*, éd. 1766, t. VIII, § 28 et s. Voir en général tous les auteurs de l'Ecole du droit de la nature et des gens : LOCKE, HOBBS, ROUSSEAU (*Contrat social*, I. 1-5).

2. ROUSSEAU : *Contrat social*, liv. I, ch. VI,

aujourd'hui à peu près unanimement repoussée. Il n'y a pas d'exemple historique d'un tel fait contractuel et cependant on voit encore de nos jours des peuples passer de l'état de nature à celui de nation organisée c'est-à-dire d'Etat. On fait parfois, il est vrai, du contrat social une nécessité logique (2). Ce contrat social alors « devient une *fiction juridique* destinée à traduire une idée juste d'ailleurs, à savoir que le droit public, comme le droit privé a son point de départ dans l'individu moralement libre et responsable, que la puissance publique n'existe que dans l'intérêt des individus composant la société et ne peut s'exercer légitimement qu'en respectant les données de la raison et les droits de l'individu » (1).

Mais une fiction juridique est destinée à disparaître du droit : elle n'est qu'un échafaudage qui disparaît après la construction de l'édifice. Si elle a paru nécessaire à l'Ecole du droit de la nature pour édifier une théorie de la souveraineté, il est certain qu'aujourd'hui le droit y arrive par des procédés plus directs.

Il faut d'autant plus repousser cette fiction juridique qu'elle aboutit à des résultats contraires à ceux qu'on avait recherchés ; pour l'individu auquel elle prétend apporter la liberté, elle devient un instrument de tyrannie, car elle absorbe tous ses droits au profit de la collectivité dont la volonté est absolue et sans frein.

Il est plus simple et plus naturel de chercher l'origine de la souveraineté en annonçant les faits qui président à son exercice et à ses manifestations de toutes les théories précé-

1. ROUSSEAU admet que les clauses du contrat social n'ont jamais été formellement énoncées (*Contrat social*, I, VI, p. 124) qu'il se renouvelle tacitement de génération en génération par le seul fait de la résidence sur le territoire de l'Etat (liv. IV, ch. II, p. 252).

2. ESMEIN : *Droit constitutionnel*, 2^e éd., p. 155.

dentes nous ne retenons qu'un point : c'est que la souveraineté est basée sur le consentement individuel.

La puissance publique est établie dans un intérêt général (1) et nous avons vu que la fiction du contrat social ne voulait pas dire autre chose. Or l'intérêt est la base du droit (2) ; le titulaire de l'intérêt est le titulaire du droit ; la souveraineté a donc son origine dans l'individu. Il est naturel et logique que ce qui appartient à tous et doit être exercé dans l'intérêt de tous les individus soit réglé par tous les intéressés, ou au moins par la majorité d'entre ceux qui peuvent raisonnablement l'exercer (3). C'est ainsi que les républiques antiques, grecques et romaines, faisaient élire tous les magistrats, permettant ainsi à tous les citoyens d'intervenir dans l'établissement de la puissance publique. Dans notre ancien droit les théoriciens de la souveraineté ont souvent montré que la puissance publique n'était exprimée que par une série d'actes individuels successifs ou concomitants : les légistes ont parfois rappelé que la royauté capétienne avait une origine élective ; saint Thomas d'Aquin discute la participation du peuple à l'exercice effectif de la puissance publique (4) ; les théologiens du moyen âge sont amenés à affirmer au profit de toute la communauté politi-

1. ESMEIN : *Droit constitutionnel*, p. 155, 2^e éd. C'est là un principe aujourd'hui unanimement admis, et déjà défendu à l'époque où la théorie de la patrimonialité royale de la souveraineté était en vigueur par les théologiens (SAINT THOMAS D'AQUIN : *De regimine principum*, III, 11, éd. Lugd. Batao. 1630, p. 232) par les hommes politiques (PHILIPPE POT : Discours aux Etats généraux de 1384, précité), par les philosophes du XVII^e et du XVIII^e siècle (VATTEL : *Droit des gens*, liv. I, ch. III, § 31).

2. IHERING : *Esprit du droit romain*.

3. ESMEIN : *op. et loc. cit.*

4. SAINT THOMAS D'AQUIN : *Somme théologique*, 1 al., 2 al., qu. 105, a. 1.

que pour faire passer cette puissance de l'Etat dans l'Eglise et ainsi mettre l'Eglise hors des atteintes du roi et affirmer la suprématie du Concile sur le pape (1). La réforme en Allemagne et en France, les révolutions de 1648 et de 1688 en Angleterre donnent aux juristes l'occasion de discuter la souveraineté du peuple et les moyens, pour celui-ci, de l'exprimer. En France les théoriciens du droit public exaltent les Républiques antiques (2), font descendre les Etats généraux du *concilium* germanique (3) et leur attribuent tous les droits. Avec la royauté absolue cependant la théorie se met d'accord avec les faits : Bodin se fait l'apôtre de la souveraineté royale ; Loyseau et Le Bret ne nient pas l'origine divine de la souveraineté dont Bossuet se fait le théoricien.

Mais le XVIII^e siècle voit avec les philosophes affirmer à nouveau le principe de la souveraineté nationale que proclame la Révolution. Il domine aujourd'hui toutes les constitutions modernes. Mais si la souveraineté réside dans le peuple, elle est exercée par le fonctionnaire. Elle ne peut passer de l'un à l'autre que par le seul procédé par lequel le citoyen manifeste sa volonté politique c'est-à-dire par l'élection. C'est donc l'élection qui est l'origine de toute souveraineté, de tout exercice de la puissance publique.

Or l'acte par lequel un électeur confie son droit d'exercer la souveraineté à un autre individu qu'il élit est un *mandat* ; l'élu est appelé effectivement le *mandataire*, le *représentant* de l'électeur. C'est donc par un mandat, disent les théoriciens dont nous examinons en ce moment la doc-

1. V. GIERKE : *Althusius*, p. 123 et s. ; Cf. GERSON : *De unitate ecclesiastica*.

2. HOLMAN : *Franco-Gallia*, surtout ch. X, p. 76.

3. HOTMAN : *op. et loc. cit.* MONTESQUIEU continuera à dire que la liberté moderne a vu le jour au fond des bois de la Germanie.

trine, que se fait cette délégation de la puissance publique.

Dans une démocratie égalitaire à gouvernement direct, les fonctions publiques restent sous la surveillance constante et le contrôle incessant des citoyens ; elles sont électorales comme beaucoup d'entre elles aux Etats-Unis ; et les fonctionnaires exercent leur fonction en vertu d'un mandat direct.

Dans les pays de régime parlementaire il n'y a plus de contact direct entre le citoyen et le fonctionnaire, entre l'administré et l'administrateur ; ce n'est plus le citoyen qui contrôle le fonctionnaire, mais le fonctionnaire qui surveille le citoyen ; l'employé ne dépend que du pouvoir central qui le nomme et qui le déplace ; il connaît moins l'intérêt du citoyen que celui de l'Etat : c'est le régime de la bureaucratie (1). La souveraineté n'est plus alors l'objet d'un mandat direct ; c'est par une série de mandats successifs qu'elle est censée s'échelonner à tous les degrés de la hiérarchie administrative. Le citoyen élit un mandataire, qui par un acte juridique de mandat nomme le chef de l'Etat ; celui-ci a son tour donne un mandat au fonctionnaire du pouvoir exécutif, et le pouvoir ainsi conféré comporte parfois lui-même le droit de donner d'autres mandats : « Les fonctionnaires subalternes, dit Balicki, *représentent* à leur tour leurs supérieurs, et ainsi de suite jusqu'aux employés irresponsables qui ne sont que des *mandataires* exécuteurs d'ordres spéciaux (2) ». Ainsi le fonctionnement de l'Etat tout entier s'opère par une série de mandats successifs qui partent du peuple souverain et vont jusqu'au chef de l'Etat, puis par une série de délégations successives et descendantes partent du chef de l'Etat et vont

1. BALICKI : *op. c.*, p. 102 et s.

2. BALICKI : *op. c.*, p. 102 et s., cf. p. 175.

mettre en mouvement les organes différenciés jusque dans leurs ramifications ultimes.

Critique de la théorie du mandat civil. — Ainsi établie, historiquement et dogmatiquement, la théorie du mandat n'échappe pourtant pas à la critique, historique ou doctrinale.

On dit que le droit romain et l'ancien droit ont admis la pratique du mandat.

Cela nous semble d'abord inexact pour le droit romain : il n'y eut jamais de mandat dans le droit républicain, et on ne trouve de mandat dans le droit impérial que pour la gestion de certains intérêts mais non pour les délégations de souveraineté.

L'expression *mandare* est il est vrai parfois employé par les jurisconsultes. Mais ce fait nécessite deux remarques. La première, c'est que cette expression peut très bien ne pas désigner le contrat de mandat ; nous verrons que dans notre langage, on emploie souvent le mandat sans s'attacher à son sens juridique (1). La seconde, c'est que la fonction publique pourrait être un mandat en droit romain et ne pas rentrer dans le cadre de ce contrat en droit français. En effet, le mandat n'a pas du tout le même caractère dans l'une et l'autre législation. En droit romain, le mandat a une expression bien plus large : toute prestation de services, dès qu'elle est gratuite, ou même quand elle est salariée s'il s'agit d'*operae liberales*, est un mandat. Au contraire, en droit français, il n'y a de mandat que quand la personnalité juridique du mandat est *représentée* par celle du mandataire. On ne peut donc se servir de l'argument historique que dans la mesure où on entend parler de procurations.

1. Voir ci-dessous p. 190 et s.

On ne lit même jamais l'expression *mandare* dans les textes, quand il s'agit de la collation de fonctions de puissance publique, par exemple de celle de gouverneur de province qui avait une autorité souveraine au moins sous la république. C'est qu'il n'y avait pas de mandat possible entre l'Etat qui n'était pas une personne et le gouverneur. On trouve au contraire toujours cette expression quand on parle d'une délégation de pouvoirs faite par des gouverneurs à leurs lieutenants (1), mais c'est que le *legatus proconsulis* est un mandataire, non de l'Etat, mais du proconsul lui-même ; la preuve en est dans ce fait que son mandat expire à la mort du proconsul (2). Quant aux magistrats qui passaient des contrats pour l'Etat, ils n'étaient pas mandataires ; tandis, en effet, que le *procurator* d'un particulier passait deux contrats, l'un avec son mandant, l'autre avec le tiers en sorte que le *dominus* et le tiers restaient complètement étrangers l'un à l'autre, le magistrat ne prenait en son nom aucun engagement et liait directement l'Etat à la manière des représentants du droit moderne (3).

Sans doute cette situation change sous l'Empire parce que l'Empereur devient lui-même un proconsul, d'abord d'une province en l'an 27, bientôt de tout l'Empire romain : il a alors ses *legati* qui occupent à son égard la même situation juridique que celles qu'ils avaient précédemment envers les autres proconsuls. Cette relation juridique peut être un mandat.

On peut en dire autant de la « commission » dans notre

1. DIGESTE : I, 16, 4, § 6 : « Proconsul mandare jurisdictionem legato suo debet... ». I, 16, 6 : « solent mandare legalis... » ; *ibid.* 2° : « mandare jurisdictionem vel non mandare est in arbitrio proconsulis... ».

2. DIG. II, 1, 5-6.

3. P. DARESTE : *Des contrats passés par l'Etat* (thèse). Paris, 1875.

ancien régime : en réalité, ainsi que le dit Loyseau, il s'agit là d'un fait public et non d'un fait privé⁽¹⁾ : si l'on veut assimiler le droit administratif au droit privé, c'est au mandat qu'il faut ramener les procuratèles impériales et les commissions.

Mais dans le droit moderne l'Etat, avons-nous vu, est dégagé de cette identification avec la personne concrète du monarque ; la souveraineté n'appartient plus à un individu mais à la nation ; un monarque dans le droit moderne n'est plus que le « premier fonctionnaire public », comme l'appelaient notre constitution de 1791 ; s'il prenait des *représentants*, ceux-ci ne seraient à son égard que ce qu'est le fondé de pouvoir vis-à-vis d'un receveur des finances, ils seraient les mandataires d'un individu, mais pas ceux de l'Etat ; ils représenteraient une volonté particulière et non la volonté générale. Il n'y a de fonctionnaires publics que ceux qui participent à l'exercice de cette volonté générale, en vertu de la loi ; c'est ce que nous allons démontrer dans la suite de cet exposé.

La partie dogmatique de cette théorie du mandat, fondée, soit sur l'application des règles du Code civil, soit sur l'idée d'une délégation de souveraineté par mandat électif, ne saurait donner une explication satisfaisante de toutes les fonctions publiques auxquelles on veut l'appliquer.

Le but principal de cette théorie, avons-nous dit, a été sous l'ancien régime, d'expliquer juridiquement la révocation *ad nutum* de ceux qui avaient reçu une « commission ». Mais il arrive fréquemment aujourd'hui que le droit de révocation arbitraire a disparu. En Allemagne, la loi des fonctionnaires du 31 mars 1873⁽²⁾, a institué des ga-

1. LOYSEAU : *Des offices*, livre IV, ch. V, § 39, p. 461.

2. Loi du 31 mars 1873, § 86 et s. Voir KAMMERER : *La fonction publique en Allemagne*, Paris, 1898 (thèse).

garanties sérieuses contre le pouvoir discrétionnaire de l'administration, par l'institution de Chambres et d'une Cour supérieure de discipline qui jugent dans un débat public, le délinquant entendu, de la peine à appliquer au fonctionnaire. De même en France, les magistrats, les professeurs de l'Université, les officiers ont des garanties analogues par l'institution du Conseil supérieur de la Magistrature, des Conseils académiques et du Conseil supérieur de l'Instruction publique, des Conseils d'enquête appelés à se prononcer sur la révocation de ces agents.

Or telle ne saurait être la situation créée par le mandat. Celui-ci est essentiellement révocable au gré du mandant. Tout au plus, une limitation contractuelle à cette faculté de révocation, pourrait-elle donner lieu à des dommages-intérêts en cas d'inobservation (1). Au contraire, la révocation d'un des fonctionnaires énumérés plus haut, prononcée sans avoir entendu les Conseils disciplinaires intéressés, serait nulle et donnerait lieu à un recours en annulation pour violation de la loi et des droits acquis.

En second lieu, le mandat est gratuit, en principe, aussi bien dans le droit français que dans le droit romain. Au contraire la fonction publique est, en principe, salariée ; les fonctions gratuites ne sont que l'exception. Cet argument, il est vrai, n'a pas une valeur absolue, car lorsque le mandat est salarié, le salaire peut être réclamé en justice et ainsi le traitement du fonctionnaire serait assuré ; aussi ne peut-on l'invoquer que comme principe général.

En troisième lieu, on ne saurait assimiler complètement les obligations du mandataire et celles du fonctionnaire : il y a une analogie fréquente, on l'a vu, dans les circonstances où la jurisprudence a statué en appliquant les règles du

1. BAUDRY-LACANTINERIE : *Précis de droit civil*, 5^e édit., III, p. 581, n^o 931.

mandat ; mais cette analogie n'est pas absolue. Ainsi en matière de responsabilité, on applique des principes différents à l'Etat et au mandant. Nous ne parlons pas seulement du principe même de l'article 1384 que des auteurs refusent d'appliquer à la personne administrative, mais il est impossible d'appliquer en matière de fonction publique la distinction de la faute lourde et de la faute légère. Le mandataire est responsable de sa faute, même légère, quand il est salarié ; il n'est responsable que de sa faute lourde quand il donne gratuitement ses services (article 1992). Or il n'y a rien de pareil dans la responsabilité du fonctionnaire : fonctions honorifiques ou rémunérées engendrent les mêmes cas de responsabilité ! En vain voudrait-on assimiler la distinction précédente à celle des faits personnels et des faits de la fonction, en disant que les fonctionnaires non rémunérés ne commettent que des fautes de service ; la jurisprudence et la doctrine ont écarté cette prétention des fonctionnaires d'honneur : ce serait donner une prime à la négligence et s'exposer à de scandaleuses impunités. D'ailleurs, d'une façon générale, la responsabilité de l'Etat est bien plus large que celle du mandant. En effet, la situation des tiers vis-à-vis de l'Etat n'est pas identique à celles qu'ils occuperaient vis-à-vis d'un particulier : « quand je traite, dit Sourdat, avec le mandataire d'une autre personne, je suis libre de contracter ou non ; en tout cas, j'ai le droit de vérifier ses pouvoirs. Mais vis-à-vis d'un fonctionnaire public, je suis désarmé. Il ne permet pas en général de discuter son autorité. Les limites de ses attributions ne sont pas exactement connues de la plupart des citoyens et il est possible de leur en imposer » (1). En tout cas le citoyen s'exposerait gravement s'il résistait à un acte de

1. SOURDAT : *Traité de la Responsabilité*, p. 458.

puissance publique du fonctionnaire sous prétexte qu'il n'a pu vérifier les pouvoirs de ce dernier, si ces pouvoirs étaient ensuite reconnus comme parfaitement valables. Cela se conçoit; le fonctionnaire n'est pas un individu quelconque quand il donne des ordres, c'est la puissance publique elle-même qui parle, car il ne la représente pas, il l'incarne, il en est, nous le verrons, le titulaire.

Nous venons de dire qu'il n'y a pas représentation dans la fonction publique. Remarquez qu'il ne s'agit pas de la représentation de la personne morale de l'Etat en droit privé, que nous admettons parfaitement, mais de la représentation de la puissance publique.

La puissance publique ne peut pas être juridiquement représentée.

D'abord il n'y a pas identité comme on a voulu le faire croire entre la représentation et la nomination : il y a des gens que vous nommez et qui ne vous représentent pas; il en est qui vous représentent et que vous ne nommez pas. Ainsi, les administrateurs d'une fondation déjà ancienne représentent le fondateur décédé et sont nommés par des contemporains; le préfet représente le département en justice et dans les marchés départementaux et cependant il est nommé par l'Etat. Inversement, le pouvoir exécutif nomme les conseillers à la Cour des Comptes et ceux-ci, en tant qu'ils vérifient les résultats du budget et qu'ils exercent leur contrôle sur les actes du pouvoir exécutif, exercent une fonction constitutionnelle et parlementaire et représentent le Parlement, c'est-à-dire le pouvoir législatif. De même, le juge nommé par le pouvoir exécutif exerce cependant ses fonctions à titre propre si l'on fait de l'autorité judiciaire un troisième pouvoir; en tout cas il rend la justice, non pas au nom du chef de l'Etat qui l'a nommé, mais « au nom du peuple français » c'est-à-dire au nom de la souveraineté de

l'Etat. Il y a ainsi à la fois nomination sans représentation et représentation sans nomination : ces deux idées ne coïncident donc pas.

En dehors même de toute idée de nomination, on ne peut pas dire que tout fonctionnaire représente juridiquement l'Etat. Ainsi un fonctionnaire quelconque ne peut engager pécuniairement l'Etat par des actes contractuels ; même ceux qui ont le droit de passer des contrats pour l'Etat ne l'engagent pas toujours directement et immédiatement si le ministre réforme leurs actes. Or cette réformation peut avoir lieu pour les actes de tous les fonctionnaires, car il n'y a pas une seule administration autonome qui soit dégagée du contrôle ministériel (1). Au contraire, les contrats passés par le mandataire engagent directement le mandant qui ne peut se soustraire à leur exécution, si le mandataire n'a pas dépassé ses pouvoirs. Donc dès qu'il s'agit d'engagements pécuniaires, le fonctionnaire n'est pas un mandataire.

Non seulement la notion de mandat et celle de fonction publique ne sont pas concordantes, mais elles sont souvent en opposition : on peut le montrer en examinant l'argument

1. La question s'est discutée pour le Grand Chancelier de la Légion d'Honneur qui primitivement travaillait directement avec le roi (Ordonnance du 25 mars 1816) et dont le budget n'était rattaché à aucun ministère. Mais la loi fit rentrer ce budget dans la règle générale de comptabilité publique (art. 4, loi du 2 août 1829, art. 17, loi du 8 juillet 1836), en rattachant ce budget à celui du ministère de la justice. Ainsi la jurisprudence du Conseil d'Etat refuse-t-elle un droit propre de décision au Grand Chancelier, car seul le Ministre de la justice peut engager le budget de la Légion d'honneur (Conseil d'Etat, 15 septembre 1848, aff. Gallet ; 24 décembre 1843, affaire Malude-Richard ; 1^{er} mai 1874, aff. Lezeret de la Maurinerie ; 14 novembre 1884, aff. Gisbert).

Elle s'est également présentée pour un gouverneur de colonies et elle a été tranchée dans le sens du droit de réforme du Ministre (Conseil d'Etat, 23 novembre 1883).

du mandat électif auquel, directement ou indirectement, on veut ramener la fonction publique.

La théorie du mandat électif a pris naissance, nous l'avons vu, dans les doctrines du droit de la nature et des gens, et Montesquieu comme Rousseau, voient dans la fonction publique une délégation directe ou indirecte de l'exercice de la souveraineté. La Révolution française passa de la théorie à la pratique en posant le principe de l'élection des fonctionnaires dans la loi du 16 août 1790 (1) ; mais on recula devant l'application du système ; le décret du 14 ventôse an III autorise le Comité de législation de la Convention à *nommer* les officiers municipaux, les administrateurs et les membres des Tribunaux. La Constitution de l'an III rétablit bien le principe du mandat électif qui demeura le régime légal pendant toute la période du directoire mais, en fait, il ne fut pas appliqué ; « le pouvoir exécutif s'arrogea généralement le droit de nomination directe par des actes d'une légalité douteuse » (2) en attendant qu'il le fit légalement rétablir par la loi de l'an VIII.

Il y a cependant encore des fonctionnaires élus, non seulement dans des démocraties comme la Suisse et les Etats-Unis, mais même en France où, par exemple, les maires, agents du pouvoir exécutif, reçoivent cependant leur fonction de l'élection.

C'est à ces fonctionnaires élus, ainsi qu'aux fonctionnaires nommés, puisque la nomination ne serait qu'une élection indirecte qu'on prétend appliquer la théorie du mandat. Elu directement ou indirectement, le fonctionnaire n'est cependant pas un représentant ; nous avons déjà vu qu'il ne représente pas celui qui l'a nommé, il ne représente pas

1. Loi du 16 août 1790, titre II, a. 3 et 4.

2. ESMEIN : *Droit constitutionnel*, 1^{re} éd., 1896. p. 338-339.

davantage la souveraineté elle-même. La souveraineté ne saurait être représentée. En effet, il y a deux théories sur la souveraineté. Ou bien on adopte la théorie de la souveraineté populaire, théorie atomistique, individualiste ou radicale de Rousseau pour qui la souveraineté réside dans le peuple. Par peuple, il entend désigner l'ensemble de tous les citoyens de l'Etat, parfaitement égaux entre-eux, dont la volonté est déterminée par celle de la majorité, c'est-à-dire par la moitié plus un des associés. La souveraineté est alors la volonté de cette majorité, tout citoyen étant souverain *pro partibus indivisis* c'est-à-dire pour la fraction qu'il représente. Alors logiquement tous les pouvoirs résideraient dans le peuple, même les pouvoirs exécutif et judiciaire et par conséquent, ne pourraient être délégués à qui que ce soit. Ainsi du moins, l'a affirmé le principal représentant de l'école de la souveraineté populaire. Après avoir établi (1) que la souveraineté n'étant que l'exercice de la volonté générale ne peut jamais s'aliéner, Rousseau ajoute : « La souveraineté ne peut être représentée, par la même raison, qu'elle ne peut être aliénée ; elle consiste essentiellement dans la volonté générale et la volonté ne se représente point (2) ». Il n'y a donc pas, dans cette théorie, de représentation, c'est-à-dire de mandat dans l'élection et par conséquent il n'y a pas de mandat dans la collation des fonctions publiques qui constituent l'exercice de cette souveraineté.

Ou bien on adopte au contraire, avec la plupart des auteurs et des constitutions modernes, la théorie de la souveraineté nationale pour laquelle la souveraineté émane bien du peuple, mais du peuple considéré non plus comme une

1. ROUSSEAU : *Contrat social*, I., 1.

2. ROUSSEAU, *l. c.*, III, 15.

somme de capacités individuelles égales et indépendantes, mais comme un organisme établi suivant les lois constitutionnelles. Ce n'est plus, suivant l'heureuse antithèse de Cicéron le « *populus fusc in tribus convocatus* », mais le « *populus descriptus censu, ordinibus, aetatibus* » (1), La nation est un organisme ; peuple et Etat sont les deux faces de la même idée : le premier trouve une unité juridique fictive dans le second, le second un élément réel dans le premier. Ce ne sont plus les individus qui alors sont souverains c'est l'Etat qui est le titulaire de la souveraineté. Mais l'Etat n'est lui-même que l'ensemble des électeurs : il n'est pas une personne par lui-même ; ce n'est qu'une fiction juridique et sa personnalité reste dans le domaine privé ; l'Etat souverain ne peut donc avoir de représentants.

Donc, si d'une part l'individu est souverain il ne peut se faire représenter dans sa souveraineté, car celle-ci est inaliénable ; si d'autre part c'est l'Etat qui est souverain, comme en réalité, ce sont les électeurs qui sont les personnes juridiques titulaires des droits de souveraineté, l'Etat n'a pas la capacité juridique d'être représenté. Dans les deux cas il ne peut y avoir de représentation de la souveraineté ; la fonction publique même élective constituant l'exercice de cette souveraineté, ne comportant pas le droit de représentation, caractéristique du mandat n'est pas elle-même un mandat.

Developpant les conséquences de cette idée et poussant plus loin l'analyse, il est facile de prouver que notre conclusion est vérifiée par les faits. Il suffit pour cela de montrer qu'il n'y a pas de transmission de pouvoir d'un fonctionnaire à un autre, car, d'une part, celui dont on veut faire un représentant a dans l'exercice de sa fonction des droits

1. CICERON : *De legibus*, III, 19.

que n'a pas celui qu'il est censé représenter et, d'autre part, celui qui est considéré comme le représenté n'a pas la capacité juridique de conférer à un représentant le pouvoir de faire en son nom les actes de sa fonction.

En effet, à la différence du mandataire qui n'est qu'un *alter ego* du mandant, qui tire la raison et le motif de ses actes dans le contrat qu'il a passé, et dont la personnalité n'est que le reflet de celle du mandant avec laquelle même elle se confond entièrement, en droit français du moins, le fonctionnaire est juridiquement indépendant de celui qui l'a nommé et conserve sa personnalité propre. Dans la détermination de ses pouvoirs, comme dans leur exercice, il n'y a jamais place pour l'hypothèse de la représentation du chef de l'Etat, du ministre, ou du préfet qui l'a désigné. La Constitution qui détermine la sphère d'action de tous les pouvoirs, ou la loi qui régit les différents actes qu'ils doivent accomplir, détermine et limite les prérogatives des fonctionnaires. C'est la Constitution qui établit dans quelle mesure le gouvernement a l'initiative des mesures exécutives ; c'est la loi qui indique de quelle latitude jouit le ministre ou le préfet dans sa participation à la fonction exécutive, qui fixe quels actes d'administration peut faire le maire ou le receveur des domaines et dans quelle forme ils doivent les accomplir. Les attributions de tout fonctionnaire dérivent ainsi certainement de l'idée de souveraineté, non d'une souveraineté déléguée et par suite d'une souveraineté abstraite, mais d'une idée concrète de la souveraineté telle qu'elle est déterminée par le droit public positif, en un mot par la constitution et la loi.

Il arrive ainsi le contraire de ce que suppose la théorie du mandat. Selon celle-ci, la source de l'exercice du pouvoir serait dans le corps électoral, de là le pouvoir passerait par mandat au législateur, puis à l'exécutif, lequel, par

un acte juridique de même nature, le transmettrait au fonctionnaire. Or nous voyons qu'au contraire c'est la Constitution qui est la source de tous les pouvoirs ; c'est elle qui détermine l'étendue des prérogatives du pouvoir législatif et du corps électoral lui-même, elle est ainsi la source de toute souveraineté, ce ne peut être qu'elle seule qui donne la puissance publique au pouvoir exécutif et à ses différents agents, d'un seul coup, depuis les plus élevés jusqu'aux plus infimes dans la hiérarchie administrative. Le chef de l'Etat, le Ministre, le préfet, le maire, ont donc un pouvoir propre ; ils n'ont rien à déléguer par mandat ; en nommant les candidats aux fonctions publiques ils ne font qu'un choix ; inversement, celui qu'ils nomment ; a un pouvoir tout personnel qu'il tient de la loi organisant le service dont il fait partie.

Cela est si vrai, qu'il n'y a pas de représentation de pouvoir dans la fonction publique que nous en voyons la preuve dans chaque acte administratif. Il est une règle courante en matière juridique : c'est qu'on ne peut transmettre plus de droits qu'on en a. Donc pour conférer une prérogative, il faut l'avoir soi-même ; cependant le Président de la République serait-il compétent pour passer un marché départemental ? pour autoriser un établissement dangereux incommodé ou insalubre ? Non assurément. Le préfet ne tient donc pas ce droit de passer ce marché ou de donner cette autorisation de police, du Président de la République qui le nomme et qui n'a pas lui-même cette faculté, mais de la Constitution ou de la loi, expression de la volonté générale c'est-à-dire de la souveraineté : c'est en vertu de la loi que le préfet participe à l'exercice de la souveraineté au même titre que, dans une autre sphère, le Président de la République. Il n'y a donc pas de transmission de pouvoir, il n'y a pas de représentation,

On arrive à la même conclusion en examinant la face opposée du droit du fonctionnaire : si le fonctionnaire n'est pas le représentant de quelqu'un, personne non plus ne peut-être le représentant du fonctionnaire. Celui-ci a un pouvoir propre qu'il ne peut conférer à un autre individu ; il ne peut donner à personne le mandat d'accomplir les actes de sa fonction ; l'exercice de la fonction est personnel et le fonctionnaire doit remplir lui-même les devoirs de sa charge : il serait puni de la désertion de son poste et celui qui l'occuperait à sa place commettrait une usurpation de pouvoir tombant également sous le coup de la loi pénale.

Des lois et des règlements d'administration publique permettent à ces fonctionnaires de s'adjoindre des auxiliaires des suppléants ; mais, ou ceux-ci ne sont que des employés du titulaire de la fonction et non de l'Etat, comme les fondés de pouvoirs des receveurs des finances ; ou bien ils sont nommés par l'Etat à titre de suppléants, adjoints, comme agents du même service ; ils sont alors de véritables fonctionnaires publics mais qui ne dépendent en rien de celui qu'ils remplacent et ont un pouvoir propre comme tout fonctionnaire. Ce serait en effet faire trop bon marché des droits des peuples et revenir à un système proche du régime féodal que de permettre à tout fonctionnaire de se substituer quelqu'un dans sa fonction. On ne peut faire dire à l'administré comme à l'âne de la fable :

« . . . Ergo quid refert meâ
Cui serviam ? clitellas dum portem meas ».

car il y a bâts et bâts, maîtres et maîtres et il n'est pas toujours indifférent de recevoir des ordres de tel ou tel fonctionnaire.

Ainsi, sous ses deux faces, la fonction de puissance publi-

que ne comporte pas un pouvoir de représentation ; l'acte juridique qui la constitue n'est donc pas un contrat de mandat ; le fonctionnaire d'autorité n'est pas un mandataire, nous verrons qu'il participe directement à la souveraineté ; il en est l'organe.

b). *Théorie du mandat spécial ou public.* — La théorie qui applique à la fonction publique les règles des articles 1984 et suivants du Code civil doit être écartée ; elle a cependant été reprise d'une façon indirecte.

Des auteurs, comme M. Dareste, traitant de notre question (1), ont parfaitement saisi l'incompatibilité qui existe entre le mandat et le caractère moderne de la fonction publique. Mais ils ont tourné la difficulté au lieu de la résoudre. Sous l'influence d'abus de mots, si fréquents dans la jurisprudence (2) et dans la doctrine, ils emploient parfois le mot mandat dans un sens qui n'a rien de juridique, et voyant que la fonction ne pouvait entrer dans le mandat du Code civil, ils ont modifié la notion même du mandat pour l'appliquer à la fonction publique.

Ainsi Schenk ne pouvant expliquer par le mandat du droit commun les fonctions publiques qui ne sont pas révocables *ad nutum*, déclare que la fonction est un *mandat d'une nature spéciale*, un mandat irrévocable (3).

M. Hauriou, quoique professant une théorie particulière que nous étudierons, pense que toute concession de fonction confère « *un mandat public* » (4).

1. DARESTE : *La justice administrative*, p. 388, 1^{re} éd.

2. Conseil d'Etat, 5 mai 1877 ; Cass. 29 mai 1886, D. 87, 1. 238 ; 30 octobre 1886, D. 87. 1. 507.

3. SCHENK : *Über die Rechtsverhältnisse der Staatsdiener (Allgemeine Polizei und Justizfama* de Hartleben, année 1815, p. 34-43).

4. HAURIOU : *Précis*, p. 328.

De nombreux arrêts de jurisprudence emploient la même expression de « *mandat public* » (1) ou « *mandat de service public* » sans spécifier qu'ils entendent par là appliquer toutes les règles du mandat civil ; généralement, ils n'invoquent le « *mandat public* » que pour juger en fait, fondant en droit leur décision sur une règle spéciale au mandat (2).

La loi elle-même parle de « *mandat public* » (3), expression que la jurisprudence n'applique comme celle de « *citoyen chargé d'un ministère de service public* » des articles 224 et 230 du Code pénal, qu'à des agents inférieurs ou même à ceux qui exercent l'autorité publique seulement à titre accidentel et temporaire (4).

Enfin M. Dareste voit aujourd'hui dans la fonction publique un « *mandat sui generis* » (5). En 1862, dans la première édition de son livre sur la *Justice administrative*, il écrivait : « le contrat qui se forme entre l'Etat et le fonctionnaire est un mandat salarié » mais il ajoute aussitôt : « un mandat *sui generis*. » En 1898 dans la seconde édition de son ouvrage, il s'éloigne davantage encore du mandat : « il ne s'agit, dit-il, que d'une *analogie*, car la loi règle impérativement les rapports existants entre l'Etat et les fonctionnaires » (6).

C'est abandonner la théorie du mandat que de parler

1. Cass. 29 mai 1886 : « L'a. 177 du C. P. vise.... ceux qui investis d'un *mandat public*.... ; au nombre de ces *mandataires publics*. » D. 87. 1. 238 ; Cf Cass. 30 octobre 1886 : « ... les citoyens qui ont été investis d'un *mandat dont l'exécution se lie à un intérêt d'ordre public*.... » D. 87. 1. 507.

2. Nancy, 29 avril 1893. D. 93. 2. 527. L'arrêt repousse au contraire cette théorie du mandat qui avait été invoquée.

3. Loi sur la presse, 29 juillet 1881, a. 31-33.

4. Nancy, 21 mars 1876, D. 78. 2. 30.

5. DARESTE : *La justice administrative*, p. 388, 1^{re} éd.

6. DARESTE : *op. et loc. cit.*

d'un mandat spécial, public, ou *sui generis* ; c'est reconnaître qu'il n'y a pas, dans la fonction, de mandat civil, le seul dont nos lois fixent les règles. L'expression de « mandat » n'a pour tous ces auteurs qu'un sens purement analogique et métaphorique quand ils qualifient ainsi le rapport établi entre l'Etat et le fonctionnaire ; le mot ne leur sert qu'à donner une idée de la nature de ce rapport ; ils ne prétendent pas résoudre la question même de cette nature juridique, et les fondements de cette institution.

Mais ce n'est pas là une méthode juridique. Par cette méthode d'analogie, suivant une expression triviale mais exacte, on tourne autour de la question sans y pénétrer ; on esquivé la difficulté au lieu de la résoudre. Ce sont là des procédés malheureusement trop fréquents en droit public, et c'est ce qui explique pourquoi la plupart des principes de droit public manquent de cette netteté de contours qui fait la force d'une théorie juridique.

Mieux vaudrait passer la question sous silence que de fausser ainsi le jugement du juriste. Lorsqu'on dit, en effet, que l'expression de mandat est employée dans un sens analogique et métaphorique, c'est pis que si l'on n'avait rien dit. La métaphore, qui a sa place dans la poésie, ne doit pas être employée dans la science ; elle peut, à la rigueur, servir à éclairer une idée, à en rendre l'exposition plus brillante et plus agréable ; mais elle ne constitue pas par elle-même une idée. On en peut dire tout autant de l'analogie : c'est un moyen d'exposition qui est de nature à faciliter l'intelligence d'une théorie, mais qui ne peut pas la résumer tout entière, et qui, en tous cas, doit être suivie de la théorie vraie pour dissiper les erreurs que ce procédé discursif a pu introduire dans l'esprit, cette rectification, les auteurs que nous critiquons ne l'ont pas faite.

D'ailleurs, même avec son caractère d'analogie, la théorie

qu'ils nous proposent n'est pas admissible ; il faudrait, pour la justifier, qu'il y ait une certaine relation substantielle entre le concept du mandat et celui de la fonction publique. Or nous avons montré qu'il y avait, au contraire, contradiction entre ces deux notions. Quel autre sens restait-il à cette analogie si ce n'est celui de contenir une erreur bien inutile et même nuisible puisqu'elle a pour but de laisser l'esprit en repos sur ce mol oreiller et de l'empêcher de chercher la vérité.

Il nous suffit donc de constater que ceux qui voient dans la fonction publique un mandat d'une nature spéciale, n'entendent pas lui appliquer les articles du Code civil sur cette matière. Dans un langage strictement juridique nous exprimons leur pensée en disant qu'il n'y a pas là de mandat.

Remarquons, en terminant sur ce point, que les arguments fondamentaux de notre thèse sont, d'une part, l'incapacité juridique pour l'Etat, puissance publique, de contracter, d'autre part, l'impossibilité pour la souveraineté d'être représentée. Notre thèse ne s'applique donc qu'aux fonctionnaires d'autorité et laisse en dehors d'elle ceux qui gèrent des intérêts généraux sans exercer la puissance publique. Nous aurons donc à examiner, dans la suite, si, pour ceux-ci, il n'y a pas lieu de revenir à la théorie du mandat.

192-212

§ 3. — *Théorie du louage de services.*

Il y a des fonctionnaires qui dans toutes les monarchies, surtout à leurs débuts, ont eu la qualité de bailleurs de services : ce sont les serviteurs privés du prince qui ont à la fois des services domestiques et des services généraux parce qu'en fait, on confond le prince et l'Etat. Souvent même le

roi les préfère à ses parents qui, cependant, ont été pendant longtemps ses agents obligatoires comme en Egypte et au Japon, parce qu'il a sur ceux plus d'autorité et qu'il ne craint pas de les voir s'installer à sa place (1). Il les a sous la main ; ils deviennent naturellement ses agents d'exécution, même ses conseillers. En Egypte, les porte-éventails du roi ont été des personnages considérables formant le Conseil intime et commandant à la guerre (2). En Assyrie et dans beaucoup de monarchies orientales, les eunuques sont à la fois les serviteurs personnels du roi et ses agents préférés.

Il en est de même dans les monarchies d'origine germanique : la plupart des fonctions publiques, et toujours les plus importantes, sont conférées à des serviteurs privés du prince : « On doit commencer par être échançon, dit Fustel de Coulanges, puis on devient référendaire, puis on est envoyé comme comte dans une cité (3) ». Ce stage à la cour du roi a l'avantage de faire apprécier les qualités et la souplesse du candidat. Cette confusion entre le service privé du prince et le service public de l'Etat se produit à tous les degrés ; les mêmes officiers administrent à la fois le domaine public et le domaine privé, les mêmes agents rendent la justice et perçoivent les revenus des villes (4). Cela s'explique par ce fait que le chef germain considère le royaume comme sa propriété privée, fondée sur son droit de conquête.

Ce sont même les officiers domestiques qui peu à peu supplanteront les fonctionnaires légués par l'administration

1. Ce fait se produisit, cependant en France avec les maires du Palais qui ne faisaient pas partie de la famille royale.

2. DURUY : *Histoire ancienne*; MASPERO : *Histoire des peuples de l'orient classique*, t. I.

3. FUSTEL DE COULANGES : *La monarchie franque*, p. 208.

4. FUSTEL DE COULANGES : *op. et loc. cit.*

romaine, et les remplaceront dans les plus hautes fonctions de l'Etat. Le bouteillier, l'échanson, le connétable, comme leur nom l'indique n'ont pas une autre origine que celle de serviteurs privés ; la dénomination générale d'« officiales » appliquée bientôt à tous les fonctionnaires est sur ce point significative (1).

Il n'y a donc rien d'étonnant à ce qu'ils aient conservé le caractère primitif de serviteurs du prince qui fut leur point de départ et qui parfois se manifeste encore dans leur fonction. Ceux qui sont éloignés de la personne du roi, ou qui n'exercent qu'une puissance déléguée, se flattent d'être des serviteurs domestiques ; sous Louis XIV les plus grands gentilshommes tiennent à occuper une fonction domestique si minime qu'elle soit. Si d'ailleurs ils oubliaient leur qualité de serviteurs du roi, celui-ci saurait la leur rappeler car en dehors de lui, il n'y a rien, ni Etat ni souveraineté ; la fonction n'est donc qu'un lien entre le serviteur privé et le roi, c'est un louage de services. Telle est la conception dominante de l'ancien droit.

Mais à mesure que l'Etat s'est formé, l'idée de la souveraineté de l'Etat et non celle du prince s'est dégagée. En même temps l'appareil administratif s'est développé ; l'administration de l'Egypte sous les Ptolémées, celle de l'Empire romain au IV^e siècle, celle de la France au XIX^e siècle comptent parmi les machines les plus savamment agencées qu'ait connues l'humanité. Le caractère juridique des fonctionnaires en a-t-il été modifié ? Sont-ils demeurés des valets de l'Etat, des *Staatsdiener*, comme ils étaient les laquais du prince, ou au contraire ont-ils dépouillé cette qualité pour devenir des

1. « Encore aujourd'hui, dit LOYSEAU, nous appelons particulièrement « officiers » les domestiques des princes et appelons « office » leur cuisine et autres lieux de service ». *Des offices*, éd. 1610, p. 6.

fonctionnaires d'Etat, des *Beamtenstaat*, suivant l'antithèse de Bluntschli (1)?

La théorie du service privé est restée celle de la législation anglaise et de l'école civiliste allemande.

Nous avons dit qu'en Angleterre il n'y avait pas de droit administratif spécial, différent du droit privé (2). La constitution elle-même appartient au droit commun (3). Aucune loi n'établit de distinction entre l'Etat et l'individu, aucun texte ne distingue le fonctionnaire du particulier. Le fonctionnaire est soumis dans l'exercice de sa fonction au régime légal de tous les citoyens (4); il n'a pas d'autres prérogatives que celle de tout individu et tout individu a contre lui les mêmes droits que ceux dont il jouit contre un particulier (5), il est, comme l'Etat d'ailleurs, justiciable des tribunaux de droit commun pour les manquements à ses devoirs

1. BLUNTSCHLI : *Théorie générale de l'Etat*. Trad. Riedmatten p. 451.

2. DICEY : *Introduction*, p. 263 et 323.

3. DICEY : *l. c.* « This is the significance of the assertion that in this country the law of the constitution is a part of the ordinary law of the land ».

4. DICEY : *l. c.* : « The fact that a secretary of state cannot at his discretion and for reason of state arrest any man, except of course, where special powers are conferred upon him by statute, as by an alien act or by an extradition act, is simply a result of the principle that a secretary of state is governed in his official as in his private conduct by the ordinary law of the realm ».

5. DICEY : *l. c.* p. 263 : « In England the rights of a citizen has against each other are the same as the rights of citizens against any servant of the Crown. » C'est ainsi qu'on a vu lord Salisbury, étant premier ministre, poursuivi devant les tribunaux judiciaires par un membre du Parlement qui se prétendait diffamé dans un discours officiel du ministre. Cf. BANNISTER ; *De la responsabilité des fonctionnaires publics en Angleterre* (Revue Félix II, 1835, p. 129).

professionnels (1). Le rapport qui s'établit entre l'Etat et le fonctionnaire ne saurait donc être différent de celui que peuvent créer entre eux deux particuliers puisque à la fois l'un et l'autre demeurent dans la sphère du droit commun ; il ne peut y avoir de rapport unilatéral de droit public, il n'y a qu'un lien contractuel, de droit privé, puisque les obligations qu'il engendre sont de droit privé (2). Le service d'Etat est ainsi un service privé (*civil service*) ; le fonctionnaire de l'Etat est un serviteur privé de la couronne (*a servant of the Crown*) (3). « En Angleterre, dit M. Esmein, la conception de notre ancien régime a subsisté dans la forme : les fonctionnaires publics sont encore appelés les serviteurs du monarque (4) ». Ce rapport contractuel est créé par un louage de services, le fonctionnaire ne faisant pas autre chose que de prêter ses services en échange d'un salaire, comme il le ferait vis-à-vis d'un autre patron (5).

En Allemagne, la même théorie est soutenue par des auteurs de l'école qui cherche à ramener les règles incertaines et flottantes de la pratique administrative, fondées souvent sur la coutume, aux règles précises et écrites du droit civil. La conception fiscale de l'Etat, qui, nous l'avons vu, domine dans une partie de la doctrine allemande, permet de traiter en toute circonstance ce dernier comme un patron ordinaire dont les agents sont des employés, engagés dans les liens d'un contrat de louage de services. D'anciens

1. DICEY : *op. cit.*, p. 323.

2. DICEY : *loc. cit.* : « They are not, even as regards their official duties, subject to any peculiar kind of law. »

3. DICEY : *op. cit.*, p. 263.

4. ESMEIN : *Droit constitutionnel*, 2^e éd. p. 484. Cf. DE FRANQUEVILLE : *Système judiciaire de la Grande-Bretagne*, tome I, p. 60.

5. DICEY : *op. cit.* p. 323 : « They are persons employed and paid to do work for the Government ».

auteurs (1) comme Møser et Böhmer (2), inspirés par l'état de domesticité des fonctionnaires de l'ancien régime, considèrent, dans leur Droit Public, le fonctionnaire comme un serviteur privé du monarque, empereur ou seigneur (*Kaiserlichediener, Landesherrliche Dienerschaft*). Mais les auteurs plus modernes reconnaissant l'existence d'une personnalité de l'Etat distincte de celle du monarque font des fonctionnaires, des serviteurs, non du prince, mais de l'Etat (*Staatsdiener*) (3); telle est l'opinion de Kress (4), Wolff (5), Neumann (6), Haller (7), Struben (8). Cette théorie ou louage de services a été de nos jours encore reprise par suite des conceptions nouvelles de l'Ecole de Gierke, surtout à propos de la responsabilité. Enfermant toute action de l'Etat dans le cercle de la personnalité et concevant cette personnalité avec des effets de droit privé, les auteurs font acquérir à l'Etat des droits et lui imposent des obligations de droit commun (9). En particulier

1. Voir l'histoire de la théorie du louage de services en Allemagne dans RHEM, *op. cit.*, § 8 et s., p. 28-34.

2. BÖHMER : *Introductio in jus publicum universale*, § 24 et ch. I § 2 ; ch. II, § 15-16.

3. STRUBEN : *Rechtliche Bedenken*. 3^e éd. Hanovre 1827, II, n^o 423.

4. KRESS : *Dissertatio de jure officiorum et officialium*, 1732.

5. CHRISTIAN VON WOLFF : *Institutiones juris naturæ et gentium*. Halle, 1750, pars. VIII. De imperio publico seu jure civitatis, § 895-925.

6. WILHELM VON NEUMANN : *Meditationes juris principum privati de jure personarum illustrium earumque ministris*. Francfort 1751, livre III, tit. I, § 234 et s. (RHEM, *op. cit.*, § 10, p. 31).

7. HALLER ; *Restauration der Staatswissenschaft*. Wintherthur 1817, II, p. 139.

8. STRUBEN : *Rechtliche Bedenken*. 3^e édit. Hanovre, 1827, II, n^o 423.

9. PRIMKER : *Verhandlungen des IX^{ten} Juristentags* tome III, p. 28.

dans ses relations avec le fonctionnaire, l'Etat se comporterait comme un patron qui passe avec son employé un contrat de louage de services (1). Le traitement a si bien les apparences d'un salaire que des auteurs qui adoptent en notre sujet une théorie de droit public ajoutent cependant qu'à la relation de droit public est adjoind un contrat de louage pour expliquer les droits pécuniaires des fonctionnaires (2).

La loi allemande fournit des arguments à cette théorie : le traitement peut, comme un salaire, être réclamé à l'Etat devant les tribunaux de droit commun (3); et beaucoup de lois d'Etats contiennent des dispositions analogues (4). Bien mieux, des textes assimilent le fonctionnaire et l'employé privé pour la résiliation de leur Cour juridique : Ainsi la loi badoise du 26 mai 1876 (article 4) déclare que « l'employé qui se retire volontairement du service doit faire connaître trois mois d'avance sa détermination sous peine de supporter tous les frais que pourrait nécessiter son remplacement ».

1. C'est surtout à propos de l'application du droit commun à la responsabilité de l'Etat pour les fautes de ses fonctionnaires qu'on a exposé cette théorie. Voir : LÖNING : *Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seinen Beamten* 1879, p. 93; PILOTY : dans les *Annales de Hirth* 1888, p. 260 ets.; et les différents auteurs cités par G. MEYER : *Lehrbuch des deutschen Staatsrecht*, § 149.

2. H. A. ZACCHARIÄ : *Das Deutsche Staats-und Bundesrecht* Göttingen 3^e éd. 1865-1867, II, § 135, p. 28; PÖZL : *Baierisches Verfassungsrecht*, § 180, p. 469 et article *Staatsdiener* dans BLUNCHDLI et BRATERS : *Deutsches Staats-Wörterbuch* 1857-1870; tome IX, p. 608; RHEM : *Die rechtliche Natur des Staatsdienstes*, p. 766 et s.; WELKER : article *Staatsdienst* dans le *Staatslexikon* de ROTTECK et WELKER, 3^e édit., tome XIII, p. 578; SARWEY : *Staatsrecht des Königreichs Württemberg*, 1883, II, 276.

3. Loi du 31 mars 1873, a. 149 (KAMMERER : *op. c.*, p. 438).

4. Loi Badoise de 1888, § 88; loi prussienne 24 mai 1861, § 1-8; loi Wurtembergeoise 16 décembre 1876, art. 2, n^o 1.

Enfin la jurisprudence allemande a rendu des décisions notables adoptant la théorie du louage de services (1).

En France cette conception est quelquefois soutenue par des auteurs de droit privé, par MM. Gautier (2), Brémont (3), Baudry-Lacantinerie et Wahl (4), et partiellement acceptée par Saint-Girons (5), Renouard (6), Perriquet (7), Dareste (8), et quelques arrêts de jurisprudence (9).

En Italie Meucci (10), Miceli (11), Mantellini (12), Ba-

1. Voir une décision de la Cour d'appel de Leipzig du 23 septembre 1863 dans la revue *Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle* 1864, n° 11, p. 83-84.

2. GAUTIER : *Examen doctrinal de la jurisprudence administrative* (Revue critique : 1882, p. 22).

3. BREMONT : *Examen doctrinal de la jurisprudence administrative* (Revue critique : 1891, p. 132) : « Les rapports qui existent entre une commune et les employés sont de nature contractuelle et constituent un louage de services ».

4. BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL : *Traité du louage*, tome II, n° 1212, p. 86 : « L'acte par lequel l'Etat ou une commune confèrent une fonction ou un emploi est un louage d'ouvrage : on y trouve en effet tous les traits caractéristiques de ce contrat ».

5. SAINT-GIRONS : *Essai sur la séparation des pouvoirs*. Paris, 1881, p. 281 : « Il y a entre l'Etat et le fonctionnaire un véritable louage d'ouvrage ».

6. RENOUARD : *Sur le contrat de prestation de travail* (*Journal des économistes*, tome XXXIX, p. 19 et 25),

7. M. Perriquet classe bien, comme nous l'avons vu, la fonction publique sous la rubrique du mandat ; mais il admet qu'il peut y avoir aussi louage d'ouvrage « pour les ouvriers serviteurs et autres personnes aux gages de l'Etat » : *Contrats de l'Etat*, 1^{re} édit., p. 221 et 2^e édit. p. 473 et 909.

8. DARESTE : *Justice administrative*. 2^e éd. l. c.

9. Lyon 3 février 1872. S. 74, 2, 119 ; Villefranche, 1^{er} février 1873. D. 73, 3, 96. Marseille, 2 août 1878 et Alais, 14 août 1878, S. 79, 2, 78.

10. MEUCCI : *Insttit. di diritto amministrativo*, Torino 1892. 1^{re} partie, sect. II, ch. V, a. 2.

11. MICELI : *Le garantigie dei funzionari pubblici*. Catane, 1897, p. 63 et s.

12. MANTELLINI : *Lo Stato e il codice civile*.

rassi (1), Pacinotti (2) et même Giorgi (3), pour les employés inférieurs, défendent la théorie du louage de services.

Il y a en effet une analogie de situation très frappante entre le fonctionnaire public et l'employé privé ; même parfois, il y a identité absolue dans la prestation des services. Comment, en effet, distinguer au point de vue juridique l'employé d'une banque et celui de l'administration des finances, un ingénieur ou un architecte de l'Etat ou d'une ville de l'ingénieur, de l'architecte d'une compagnie privée ? L'employé des chemins de fer de Poitiers a-t-il un service différent, un traitement d'une autre nature que celui qui est à Orléans ? Cette identité est si parfaite qu'à certaines époques on a vu des employés passer du service de l'Etat dans un service privé ou inversement sans que rien dans leur situation en ait été modifié. Ainsi quand l'Etat a pris l'administration des chemins de fer de la compagnie des Charentes, quand il a nationalisé les télégraphes, les téléphones, les employés de ces administrations privées sont passés, sans s'en apercevoir, dans l'administration publi-

1. BARASSI : *Il contratto di lavoro*. Milano 1899, p. 218 : « Certo è che in forza di infiltrazioni di elementi di diritto pubblico non si ha più un rapporto giuridico basato unicamente ou considerazioni di diritto privato. Ma ripetiamo che l'esservi indubbiamente una parte che non si verifica nelle consuete *locationes operarum* tra privati, è un effetto della natura tutta speciale delle attribuzioni dell'impiegato ; effetto che per sè non è sufficiente a sottrarre tutto quanto il rapporto locativo in tal caso al dominio del diritto comune privato ».

2. PACINOTTI : *Contributo alla determinazione giuridica del rapporto d'impiego nel diritto amministrativo* (*Rivista Italiana per le scienze giuridiche*. Vol. 29, fascicule I-II, 15-31 mai 1900, p. 67 et s., surtout p. 88 et s.

3. GIORGI : *La dottrina delle persone giuridiche o corpo morali* Florence, 1892, tome II, n° 230, p. 459. Cf. T. I, n° 164.

que. Or, indubitablement dans leur situation antérieure, ils avaient contracté un louage de services ; celui-ci continue donc dans la gestion par l'Etat.

Il y a même des cas où tous les auteurs les plus hostiles à cette assimilation du droit public au droit privé acceptent l'application du louage de services aux fonctions publiques. Nous ne parlons pas de la situation des secrétaires de mairie pour laquelle le tribunal des conflits, hostile à notre théorie, a pu éviter de faire d'une fonction un louage en disant qu'il n'y avait pas du tout là une fonction publique. Mais pour les missions temporaires, conférées par l'Etat, M. Laferrière, M. Hauriou admettent qu'elles ne reposent pas sur un autre fondement qu'un louage de services (1). Or une mission temporaire est bien une fonction publique. La loi du 30 novembre 1875 l'a ainsi considérée puisqu'elle la place parmi les fonctions publiques qui ne sont pas incompatibles avec le mandat de député (2). Tous les partisans des théories de droit public ne nient pas d'ailleurs que les agents tout à fait subalternes des administrations tels que les huissiers, les garçons de bureau passent avec l'Etat un louage de services (3).

Mais si on en fait ainsi une solution générale pour toutes les fonctions publiques, cela tient à ce que la notion du louage est fort compréhensive ; comme le remarque Giorgi (4), le louage n'est guère déterminé que suivant les prin-

1. LAFERRIÈRE : *Juridiction administrative*, I, p. 620. HAURIOU : note dans S. 92, 3, 17.

2. Ainsi en 1900, le gouvernement général de l'Algérie est conféré à titre de mission temporaire à un député.

3. BLUNTSCHLI : *Théorie générale de l'Etat*. Trad. Riedmatten p. 453.

4. GIORGI : *La dottrina della persone giuridiche* : t. II, p. 459, Cf. ; TROPLONG : *Du louage*, p. 813 ; MOLITOR : *Les obligations en droit ecclésiastique*, I, 610 et s. ; CLAMAGERAN : *Du louage d'industrie*, p. 155 et s.

cipes généraux des conventions et ses règles se réduisent à peu de chose (1).

De nombreuses objections sont cependant opposées à l'application du louage de services à la fonction publique. La plupart d'entre elles sont, il est vrai, inexactes.

On apporte d'abord des arguments de texte : l'article 1779 ne comprend pas dans son énumération la fonction publique ou la prestation de services publics : or on ne saurait évidemment comprendre le fonctionnaire dans le paragraphe 2 de cet article qui a trait aux voituriers ni dans le paragraphe 3 qui concerne les entrepreneurs. Quant au paragraphe 1^{er}, il ne concerne que les « gens de travail » et il est certain que cette expression s'applique à ceux qui fournissent un travail manuel et ne saurait comprendre les fonctionnaires qui ne donnent souvent qu'un travail d'esprit.

C'est mal lire le texte même de l'article 1779 : l'énumération qu'il donne de certains contrats de louage est si peu limitative qu'il a bien soin de dire qu'il ne cite que les trois espèces « principales » de louage, laissant ainsi le champ ouvert à toutes les autres conventions qui comportent d'un côté une prestation de services, de l'autre, une rémunération. Pour en mieux juger il faut se reporter à la définition générale que l'article 1710 donne du louage « contrat par lequel une des parties s'engage à *faire quelque chose* pour l'autre moyennant un prix convenu entre elles ». Cette définition est si large qu'elle peut comprendre toute prestation de services qui n'est pas un mandat, tous les travaux manuels et intellectuels, et que, par suite, la collation de fonction publique peut y rentrer sans difficulté.

Si, d'autre part, la section I du chapitre relatif au louage

1. GIORGI : *l. c.* « le regole di gius civile che sono l'assima di certi contratti di locazione, si riducono a poco cosa ».

d'ouvrage ne parle que de celui des domestiques et ouvriers, c'est-à-dire des services privés, et non des fonctionnaires, c'est-à-dire des services publics, c'est que pour les premiers surtout il devait être question de protéger la liberté du bailleur. Malgré que le fonctionnaire soit généralement nommé à vie, il n'aliène pas sa liberté au même degré que le domestique. S'il abdique, une partie de son indépendance, il ne diffère pas en cela de tous ceux qui contractent une obligation, puisqu'une obligation nous astreint à faire ou à ne pas faire quelque chose. Mais les obligations ne détruisent votre liberté que quand elles vous placent sous la dépendance complète d'une autre personne. C'est cette dépendance que l'article 1780 a voulu limiter. Il avait surtout besoin de le faire pour les domestiques et les ouvriers, car c'est dans cette seule condition qu'on trouve une dépendance entière, de tous les jours, de tous les instants, qui prive le débiteur de sa liberté (1). Le fonctionnaire, au contraire, a plus d'indépendance dans l'exercice de sa fonction : la discipline hiérarchique est moins étroite que celle d'une usine, elle a surtout bien moins d'occasions de s'exercer. C'est pourquoi l'employé de l'Etat a besoin d'une protection moins constante et cela explique pourquoi la loi a surtout visé les domestiques et ouvriers.

On veut également voir une différence dans les obligations qui sont l'objet du contrat de louage et celles qu'engendre la fonction publique (1). L'individu qui loue ses services, dit-on (2), n'est obligé qu'à effectuer le travail promis ; le fonctionnaire a des devoirs plus étendus. Il est tenu de se conduire honorablement même en dehors du

1. LAURENT : Droit civil : *Du louage* n° 492. Il faut se souvenir qu'en 1804 avant la grande industrie, l'ouvrier vit constamment avec le patron, car un même patron a peu d'ouvriers.

2. KAMMERER : *op. c.*, p. 70.

service; l'Etat a un droit de surveillance sur sa vie privée que ne possède pas celui qui loue les services de quelqu'un.

Mais tout contrat contient en dehors des obligations juridiques qui y sont énoncées des obligations morales d'un ordre plus général et le contrat de louage ne fait pas exception à cette règle. Des patrons émettent des prétentions analogues à celles de l'Etat relativement à la conduite de leurs ouvriers, et le manquement à ces obligations peut constituer une cause légitime de résolution. Des compagnies privées ont été, dans cet ordre d'idées, au moins aussi loin que l'Etat : à la tribune de la Chambre on a cité des cas multiples de révocations d'employés de chemin de fer non pas seulement pour inconduite en dehors du service, mais pour avoir fait profession d'idées politiques suspectes aux administrateurs ou pour avoir envoyé des lettres à la presse : en 1899, nous voyons dans la grève du Creusot, les ouvriers réclamer la suppression de la police secrète du patron et la garantie de la liberté de conscience. Ailleurs un patron exige de ses employés qu'ils pratiquent leur religion, ou aient un ménage régulier parce qu'il pense que l'honorabilité de sa maison est liée à celle de son employé. L'Etat n'a pas d'autre pensée. En fait les deux situations sont donc identiques.

La nature même des prestations est différente, dit-on : le louage n'a pour objet que le travail manuel, la fonction publique comporte des services intellectuels. Déjà les romains ne voulaient classer dans le louage de services que les *operae illiberales*, les autres ne pouvant faire l'objet que d'un mandat. Notre ancien droit a suivi la théorie romaine (1) et des contemporains se sont fondés sur elle

1. Voir POTHIER : *Du Mandat*.

pour refuser le caractère de location de services aux professions libérales et à la fonction publique (1). Un sentiment de vanité égarée refuse de voir dans le traitement un salaire et dans l'effort intellectuel une prestation de services (2). « Les Gouvernements, disait un roi de Prusse, ne doivent pas faire descendre les rapports de services de leurs subordonnés jusqu'à un contrat de louage ni traiter les fonctionnaires publics comme de vils mercenaires » (3). A cette différence dans la qualité des prestations fournies, on en ajoute même une autre relative au mobile d'action. Celui qui ne fournit qu'un travail manuel n'aurait pour but que le gain ; celui qui donne son travail intellectuel serait animé de sentiments plus élevés, accomplirait sa fonction pour l'amour du bien public et viserait surtout l'honneur qui y est attaché.

C'est oublier que le travail quel qu'il soit est noble par lui-même ; il fait vivre aussi bien le manoeuvre que l'intellectuel. On ne saurait même séparer le travail de l'intelligence de celui des bras car le premier vient toujours en aide à l'autre ; le second ne peut se passer du premier ; on ne sait même où l'un commence et où l'autre finit. Le travail intellectuel, même seul, peut faire l'objet d'un salaire et d'un prix, car il peut toujours être évalué : le peintre vend

1. VOIR FERRAND : *De la résiliation du louage de services à durée indéterminée*. Paris 1897 (thèse), p. 80 ; GIORGI : *La dottrina delle persone giuridiche*, l. c.

2. BÖHMER : *Doctrina principis de jure circa dimissionem ministrorum* ch. II, § 15, p. 39. « Inter principem et subditum non contrahitur per locationem operarum, et quamois locationis quoque speciem habere videatur, opera tamen ministrorum mercenaria aut locari solita dici nequit, nec salarium, quod iis sollicitur mercedis rationem habet ».

3. Instructions royales de 1808 et 1817 citées par BERTY : *Droits et devoirs des fonctionnaires publics*. (*Revue critique*, 1840, VII, p. 810.)

son tableau ou loue son talent pour la confection d'un portrait ; l'inventeur vend ou loue son brevet d'invention. La noblesse du travail, suivant l'objet auquel il s'applique, est un préjugé de l'âge où tout travail manuel était servile. Le travail d'un préfet comme celui de son garçon de bureau peut faire l'objet d'un louage de services.

Quant à la nature des sentiments qui peuvent inspirer l'un et l'autre, ils sont du domaine de la morale et non de celui du droit. Il est d'ailleurs permis de constater que l'amour du bien public et même les honneurs attachés à une fonction ne sont pas le principal moteur de l'activité des candidats aux fonctions publiques, car ce sont au contraire les fonctions les mieux rémunérées qui sont aussi les plus recherchées.

On cherche également à opposer le caractère temporaire du louage de services sanctionné par l'art. 1780 et le caractère viager de la fonction publique (1).

Remarquons d'abord qu'une fonction publique peut très bien n'avoir qu'une durée déterminée : il en est ainsi de celle d'auditeur de seconde classe au Conseil d'Etat, d'inspecteur-adjoint des finances, d'employé auxiliaire de certaines administrations comme les travaux publics ; ces agents ne sont nommés que pour un temps fixé d'avance ou pour la durée d'un travail et à l'issue de cette période ils quittent de plein droit le service auquel ils étaient attachés (2). Il n'y a

1. KAMMERER : *op. cit.*, p. 70-71.

2. Des cas analogues se présentent dans tous les pays. Voir loi allemande du 31 mars 1873, § 2, § 38 et § 32 ; voir aussi ZORN : *Staatsrecht*, 2^e édit., 1895, Tome I, p. 296. En Suisse, la loi du 20 novembre 1879 porte : « a. 1. La durée des fonctions de tous les fonctionnaires ou employés nommés par l'Etat, qui n'est pas déterminée par une loi spéciale est fixée à 4 ans. — a. 2. Il en est de même pour les membres du corps enseignant. » (*Annuaire législation étrangère*, 1879, p. 628).

donc au point de vue de la durée aucune différence entre ces fonctions et le louage à durée déterminée.

Inversement le louage à durée indéterminée peut fort bien être viager si aucune des deux parties n'en demande la résiliation et on voit parfois l'exemple trop rare de domestiques attachés toute leur vie à la personne de leur maître. Il n'y a donc, au point de vue de la durée, aucune différence entre le louage de services à durée indéterminée et la fonction publique viagère.

On n'en saurait faire davantage au point de vue de la résiliation. « Le particulier qui loue les services d'un individu a seul qualité pour le renvoyer, tandis qu'il y a, dit-on, des catégories de fonctionnaires qui ne peuvent être révoqués sans jugement » (1). Il en est ainsi en France des professeurs, des officiers, des magistrats et de presque tous les fonctionnaires en Allemagne. Mais ce n'est pas là une dérogation au droit commun ; c'est l'application de cette règle générale que le contrat fait la loi des parties. Quand il n'y a pas de disposition légale qui prohibe certaines clauses, celles-ci sont valables. On ne peut dire que l'article 1780 empêche les parties de stipuler des clauses restrictives non du droit, mais de l'abus du droit de résiliation, puisque précisément il a été complété par la loi de 1890 pour mettre un terme à ces abus. Or, de même que deux parties peuvent convenir d'avance que la résiliation de leur convention devra prendre certaines formes, attendre certains délais, ou être soumise à un arbitrage, de même le fonctionnaire et l'Etat peuvent établir des délais de congé (2), convenir de soumettre l'exercice de la faculté de révocation de l'Etat

1. KAMMERER : *l. c.*, p. 71.

2. Comme le fait la loi badoise du 26 mai 1876 (a, 4) créant ainsi un rapprochement de plus avec la théorie du louage de services.

à l'avis préalable et conforme de certains conseils administratifs supérieurs. Cette clause peut faire partie du contrat de louage au même titre que celle par laquelle un patron s'engagerait à ne pas renvoyer son ouvrier si le conseil des prud'hommes lui donnait tort dans le différend.

Ainsi de toutes les objections communément présentées à la théorie du louage de services, il n'en reste aucune debout parce qu'il y a des fonctions auxquelles ces objections ne peuvent s'appliquer.

Mais s'il est des fonctionnaires qui doivent être traités comme des employés de droit commun, il y en a d'autres dont le pouvoir spécial ne peut être expliqué par un lien de louage de services. Comment et à quel titre certains agents peuvent-ils disposer de la puissance publique ? Le louage n'entraîne pas comme le mandat une collation de pouvoirs, et cependant certains fonctionnaires tiennent de leur nomination le droit de parler au nom de l'autorité publique et de commander aux citoyens. Pourquoi le préfet peut-il autoriser un établissement dangereux, incommode ou insalubre ? Pourquoi le juge a-t-il le droit de rendre la justice « au nom du peuple français » ? C'est que l'un et l'autre parlent au nom de la souveraineté de l'Etat. Or le louage de services ne saurait expliquer comment cette souveraineté passe de l'Etat à l'agent qui l'exerce ; l'ouvrier qui passe un contrat de travail avec son patron n'acquiert pas les prérogatives de ce dernier. En faisant la critique générale des théories de droit privé nous montrerons que, d'une façon générale, l'exercice de la puissance publique ne peut faire l'objet d'un contrat de droit privé.

D'ailleurs, la théorie du louage de services ne saurait être appliquée d'une façon absolue à tous les fonctionnaires sans entraîner de graves inconvénients que compensent seulement quelques avantages.

Elle donne assurément au fonctionnaire des garanties contre une révocation injustifiée, en ne la laissant sans réparation que quand elle se produit pour de graves fautes professionnelles. C'est ce qui fait, dit un auteur, que malgré des mutations fréquentes de ministère « l'administration anglaise est restée immuable comme un socle de bronze sur lequel on peut de suite hisser un ministre (1) ». Aussi constitue-t-elle par elle-même un progrès, le progrès consistant à développer les garanties des droits de chacun, des fonctionnaires comme des administrés, et par suite à enlever la révocation de l'agent public à l'arbitraire de l'Etat (2).

Mais elle emporte avec elle de graves inconvénients.

L'application intégrale de ce système ferait de l'Etat un patron passant un contrat de travail avec ses ouvriers. Elle expose l'administration à gérer des services publics comme les services privés, à se conduire comme un particulier qui exploite son patrimoine, à oublier l'intérêt public pour ne voir que l'intérêt privé de l'Etat. C'est ce qui arrive fatalement quand un service public est géré par des particuliers et c'est le plus vif argument dont usent des économistes contre l'exploitation des chemins de fer par des compagnies privées, exploitation toute commerciale (3).

1. FISCHER : *La Constitution d'Angleterre*, trad. Vogel. Paris, 1864. Tome I, vol. II, chap. III, p. 239. Cf. STUART-MILL : *Le gouvernement représentatif*, ch. IV ; MONTALEMBERT : *L'avenir politique de l'Angleterre*, ch. IV, p. 80 et s.

2. C'est ce que par voie législative, et non par voie prétorienne les Allemands ont voulu faire dans les nombreuses lois qui ont été votées depuis trente ans dans la fonction publique dans tous les Etats de l'Empire. Ainsi la loi badoise du 26 mai 1876 déclare que pendant les cinq premières années de sa fonction l'employé est révocable *ad nutum* (a. 2) il ne l'est plus que par jugement après ces cinq années (a. 3). Voir KAMMERER : *op. c.*, p. 226 et s.

3. CAUWES : *Cours d'économie politique*, 3^e édit., 1893, vol. IV, n° 1172 et s., p. 127.

La conception fiscale de l'Etat a eu en effet de tels résultats dans les pays où elle s'est particulièrement manifestée. En Allemagne, où l'Etat est propriétaire dans une mesure bien plus grande qu'en France (1), l'Etat a parfois oublié qu'avant d'être un producteur, un commerçant, il est le protecteur des droits et libertés des citoyens et il ne doit pas leur faire concurrence en usant de la puissance publique au profit de ses intérêts privés.

En France, la jurisprudence de la Cour de cassation, dans la crainte d'empiéter sur le domaine de la puissance publique ne s'est pas montrée très sévère pour les abus de cette nature ; mais la jurisprudence administrative a annulé maintes fois pour détournement de pouvoir des actes de puissance publique qui intervenaient pour favoriser l'intérêt privé de l'Etat (2).

On ne peut donc dire qu'en France on considère en toute circonstance l'Etat comme un patron et le fonctionnaire comme un employé privé. La grande majorité de la doctrine a repoussé l'application du louage de services à la fonction publique en général (3), la jurisprudence actuelle de la

1, LEROY-BEAULIEU : *L'Etat moderne et ses fonctions*.

2. Voir ci-dessous : section IV.

3. BERTHELEMY : *Droit administratif*, p. 54-55 ; BLANCHE : *Dict. d'administration*, v^o *fonctionnaire public* ; BLOCK : *Dictionnaire de l'administration française*, 4^e édit., v^o *fonctionnaire public* ; HAURIOU : *Précis*, p. 680 et s. et note dans S., 92. 3. 17 et 92. 3. 65 ; S., 94. 3. 33 ; S., 99, 3, 106 ; LAFERRIERE : *op. cit.*, I, p. 619 ; LARNAUDE : à son cours. En Allemagne la plupart des auteurs ont répudié la théorie du louage ; BLUNTSCHLI : *Allg. Staatslehre*, 5^e édit., I, p. 603 ; GERBER : *Grundzüge*, 3^e édit., p. 117 ; JELLINEK : *System*, p. 201 et s. ; G. MEYER : *Deutsches Staatsrecht*, 4^e édit., p. 437 ; RÖNNE : *Staatsrecht der Preussischen Monarchie*, 4^e édit. III, p. 406 et *Deutsches Staatsrecht*, 2^e édit., p. 344 ; LABAND : *Deutsches Staatsrecht*, I, p. 455 ; PÖZL : dans Bluntschli et Braters v^o *Staatsdiener* ; ZÖPFL : *Grundsätze des gemeinen deuts-*

Cour de cassation (1) et du Conseil d'Etat (2) a confirmé cette opinion.

Nous écarterons donc la théorie du louage de services, mais en faisant, comme pour le mandat, cette remarque qu'on ne peut la repousser que quand intervient par un acte de puissance publique une délégation d'autorité souveraine au fonctionnaire.

chen Staatsrechts, 5^e édit., II, p. 786 ; ZACCHARIAE (H. A.) : *Das deutsche Staats und Bundesrecht*, 3^e édit., II, p. 27-28 ; SCHULZE : *Deutsches Staatsrecht*, I, p. 320 ; ZORN : *Staatsrecht*, 2^e éd., I, p. 304-305 ; SEYDEL : *Baier. Staatsrecht*, II, p. 237 et s. ; RHEM : *op. cit.*, p. 160. De même en Italie : GIORGI : *La dottrina, l. c.* ; BONASI : *Della responsabilita dei Ministri et degli altri ufficiali pubblici, l. c.*

1. On ne saurait mieux résumer sur ce point la jurisprudence civile que de citer les termes d'un arrêt de Tunis du 9 avril 1894 (*Revue algérienne*, 1894, p. 374). « Attendu que le sieur X... se prévaut vainement des règles posées par le Code civil et par la jurisprudence en ce qui concerne le louage de services que ces règles ne sont pas applicables à l'espèce ; en effet l'acte par lequel l'Etat nomme un fonctionnaire à un emploi public ne saurait être assimilé à une convention par laquelle un particulier loue ses services à un autre particulier, un acte de cette nature n'étant que l'exercice de la puissance publique... » Voir ci-dessous ch. II, section II, II-2^o, § 3 et les arrêts cités.

2. M. Hauriou le signale à propos des révocations de l'architecte d'une ville : sous Conseil d'Etat, 29 mars 1890, aff. *Drancey* : S., 92. 3. 65 : « Là où il apparaît bien que le Conseil d'Etat écarte tout contrat de louage à propos des fonctionnaires et employés, c'est qu'il ne se préoccupe pas du tout d'une question que la ville (de Cherbourg) avait inutilement soulevée dans ses défenses. La ville faisait observer qu'il n'y avait droit à indemnité que si la révocation avait été intempestive, et elle s'attachait à démontrer qu'en fait elle ne l'avait pas été. Le Conseil d'Etat ne relève pas ce moyen, c'est dire que pour un employé ordinaire la révocation est possible *ad nutum* et que fut-elle intempestive elle ne donne droit à aucune indemnité. C'est par conséquent s'écarter complètement de l'idée de louage de services ». Voir ci-dessous les arrêts du Conseil d'Etat cités (ch. II, sect. II, II-2^o, § 3).

§ 4. — *Théorie du contrat innommé.*

La fonction publique, pour les civilistes, a une base contractuelle; elle ne peut cependant, comme nous venons de le voir, faire l'objet d'aucun des contrats définis par la loi. Il était fatal, et ce fait s'est produit pour bien d'autres conventions, que des auteurs en fissent un contrat « spécial », « *sui generis* » (1) : on lui donne parfois un nom de contrat connu et classé auquel on ajoute cette expression de *sui generis* (2) ou bien on le qualifie du nom propre de « contrat spécial de service public » (3), ou simplement de celui de « contrat de service public » (4) ; ou encore on le fait, sans dénomination propre, entrer dans la catégorie des contrats innommés (5).

Pour les uns et les autres, il y a dans la fonction publique un contrat qui n'a pas un nom déterminé : « il y a certainement ici, dit Westphal, un vrai contrat et si on veut lui donner un nom latin, c'est un *contractus innominatus* » (6).

1. Observations du Ministre de l'Intérieur à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 12 janvier 1883, (Lebon, 1883, p. 29).

2. Ainsi quand M. Dareste nous dit que la fonction publique est un « *mandat sui generis* » ; on doit rationnellement classer ce contrat dans la catégorie des contrats spéciaux et innommés. Voir ci-dessus, p. 189 et s.

3. VON DER BECKE : *Von den Staatsämtern und staatsdienern*, Heilbronn, 1797 (analysé dans RHEM : *op. c.*, p. 58). L'auteur dit que le lien juridique qui unit l'Etat et le fonctionnaire est né par « un contrat spécial de service public » (*Dienstvertrag*), *l. c.*, I^{re} partie, § 14, p. 36). JORDAN : dans son *Lehrbruch des Allg. und deutschen Staatsrechtes*, 1831, I, p. 72, pense que le « service public actuel repose sur un contrat spécial de munere suscipiendo.

4. SCHMITTHENNER : *Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechtes*. Giessen, 1845, p. 506 : « La nomination du fonctionnaire repose sur un contrat déterminé : le contrat de service public. »

5. WESTPHAL : *Deutsches Staatsrecht*, 1784, XIX, § 7.

6. WESTPHAL : *op. et loc. cit.*, p. 171,

« Peu importe en effet, ajoutait von der Becke (1) au point de vue de sa nature juridique qu'il ait un nom ou qu'il n'en ait pas ».

La fonction publique, dit-on, cadre très exactement avec la théorie romaine de ces conventions. Dans les quatre contrats consensuels du droit romain, le seul consentement des parties suffisait pour engendrer une obligation complète et efficace; dans les contrats innommés au contraire l'obligation n'est complète qu'autant que la prestation s'est effectuée (*res subsecuta est*). Est-ce qu'il n'en est pas de même pour la fonction publique qui ne commence qu'au jour de la prise de possession (2); le droit au traitement (3) aussi bien que le temps de service nécessaire pour l'acquisition du droit à la pension (4) ne partent que de cette date.

Dans les règles de ces contrats, il n'y a rien qui ne puisse s'appliquer à la fonction publique.

En effet l'art. 1107 du Code civil applique à ces contrats les principes généraux des obligations; du moment que l'on admet la théorie contractuelle, les règles de la fonction doivent nécessairement ne pas être en contradiction avec ces principes, sinon celle-ci ne serait plus un contrat.

Des auteurs pensent également que « les principes d'après lesquels les rapports des parties sont réglés, doivent être empruntés au contrat nommé avec lequel leur convention présente le plus d'analogie (5) ». C'est précisément ce qu'ont fait des auteurs comme M. Dareste qui ont bien donné un nom à cette convention, l'ont appelée mandat, mais ont eu

1. VON DER BECKE : *op. et loc. cit.*, p. 36.

2. Voir plus haut, p. 91, note 1.

3. Cf., loi allemande du 31 mars 1873, § 4, al. 2.

4. *Ibid.*, § 45 et s.

5. PAUL PONT : *Explication du Code civil*, VIII, 2^e édit., p. 450, n^o 825.

soin d'ajouter que c'était un mandat *sui generis* et qu'il ne s'agissait que d'une analogie (1). C'est admettre expressément la théorie du contrat innommé.

Aux dispositions générales du titre des obligations, aux règles analogues à celles du contrat qui s'en rapproche le plus, il faut, dit M. Dramard, « ajouter l'usage comme la source la plus abondante des règles de détail applicables à notre matière..... car l'usage n'est pas seulement un élément d'interprétation, il supplée autant au silence des parties qu'à celui de la loi..... Il n'est pas de contrat où l'usage ait une aussi large part que dans ceux que le Code n'a pas spécialement réglementés » (2). Or l'usage est également d'une application très fréquente dans l'organisation et la réglementation des fonctions publiques ; nous avons nous-même remarqué que dans les pays de formation ancienne, il n'y a pas de loi générale sur la fonction publique, il n'y a que des lois spéciales et des règlements particuliers et très souvent la pratique administrative n'a d'autre fondement que la coutume (3).

Toutes ces règles des contrats innommés s'appliquent ainsi très exactement, dit-on, à la fonction publique ; ces conventions offrant le plus grand cadre juridique possible s'adaptent ainsi fort bien aux situations si complexes que peut occuper le fonctionnaire.

Elle a été adoptée en France par quelques décisions de jurisprudence qui parlent d'une convention sans définir quelle est sa nature (4), par M. Dareste (5), Dramard (6) ;

1. DARESTE : *Justice administrative*, 2^e éd., p. 388.

2. DRAMARD : *Des professions dites libérales et de la nature juridique des prestations de ceux qui les exercent* (*Revue générale du droit*, 1884, p. 97).

3. Voir notre *Introduction*, ch. III, §§ 2 et 3

4. Voir plus haut la *théorie générale du contrat*, p. 98 et s.

5. DARESTE : *op. et loc. cit.*

6. DRAMARD : *l. c.*

en Allemagne (1) elle a été soutenue par Westphal (2), et plus tard par Hertel (3) et par un auteur anonyme du *Staatsanzeigen* de Schölzer (4) ; Von der Becke l'a reprise en l'orientant du côté du droit public (5). Pour lui il y a bien dans la fonction publique un contrat spécial qu'il ne distingue pas des contrats innommés, mais pour justifier le droit de résiliation unilatérale de la part du prince qui peut révoquer, il invoque la notion d'intérêt et d'ordre public, qui doit l'emporter sur l'intérêt privé du fonctionnaire (6).

On pourrait croire également que cette théorie a été présentée devant le Conseil d'Etat par le ministre de l'intérieur dans ses observations relatives au litige qui s'était élevé entre la ville de Marseille et un de ses architectes-voyers que le maire avait révoqué (7) : « L'accord qui existe entre l'employé et l'administration, dit le ministre, est une convention *sui generis*... Elle emporte d'une part l'obligation de fournir un service et d'autre part l'obligation de payer un salaire proportionnellement à la durée du service avec faculté réciproque et absolue de dédit à tout instant sans être tenu à aucune indemnité ». C'est si bien un contrat, que l'employé peut intenter « devant la juridiction adminis-

1. VOIR RHEM : *op. cit.*, p. 39-45.

2. WESTPHAL : *Deutsches Staatsrecht*, 1784, p. 171,

3. HERTEL : *Einige Worte über den Staatsdienst, besonders in Hessen*, 1827.

4. *Staatsanzeigen* : Göttingue, 1785, vol. VIII, liv. 29, p. 9, (cité dans RHEM : *op. cit.*, p. 40),

5. VON DER BECKE : *op. et loc. cit.*

6. La théorie de Von der Becke a été suivie en Allemagne par LEIST : *Deutsches Staatsrecht*, Göttingen, 2^e éd., 1805, p. 360-377 ; JORDAN : *Lehrbuch des Allgemeinen und deutschen Staatsrechts*, 1831, 8, I, § 72 ; VON MOY : *Das Staatsrecht des Königr. Bayer.* Ratisbone, 1841, 1^{re} partie, p. 319. (Voir RHEM : *op. cit.*, p. 58 et s., 92 et s.).

7. Conseil d'Etat, 12 janvier 1883. LEBON, 1883, p. 29.

trative une action en paiement des salaires échus » (1).

Mais ce contrat spécial c'est un contrat de droit public puisque « il en faut chercher l'essence dans l'art. 12 de la loi du 18 juillet 1837 » (2); « cette convention laisse intacte en la personne du maire le droit de suspension et de révocation »; elle est « un acte d'administration pure ne pouvant être l'objet de recours que par la voie gracieuse ou pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat ». Il nous semble donc que c'est la théorie de l'acte de puissance et du pouvoir discrétionnaire que défend le ministre (3), seulement il ajoute un élément contractuel : c'est ce que M. Laferrière appelle la théorie des actes de puissance publique contractuels, ou des contrats de droit public (4). Son examen ne rentre pas dans la théorie que nous étudions actuellement.

En réalité, définir une convention, contrat spécial, convention *sui generis* ou contrat innommé, c'est un expédient qui permet de ne pas le définir du tout. En tout cas cette classification n'est d'aucune utilité car il n'en est pas besoin pour lui appliquer les principes généraux des conventions ; si on nous dit qu'on lui appliquera également les règles du contrat dénommé dont il se rapproche le plus, il reste à savoir quel est ce contrat défini.

D'ailleurs même la notion si vague cependant du contrat innommé ne peut s'appliquer ici.

1. *Ibidem*.

2. Aujourd'hui, a. 88, loi municipale de 1884.

3. Cette thèse a été maintes fois exposée devant le Conseil d'Etat et le Tribunal des Conflits : V. conflits : 7 août 1880. LEBON, p. 753; Conseil d'Etat : 12 janvier 1882. LEBON, p. 29; 28 février 1879. LEBON, p. 176; Conflits 14 juin 1879. LEBON, p. 503; 27 décembre 1879. LEBON, p. 879.

4. Il est vrai que le ministre ouvre le contentieux de pleine juridiction à l'employé pour la réclamation des salaires échus dont il donne connaissance au préfet ou au ministre de l'intérieur.

Les contrats innomés sont de quatre types (1) : 1° le contrat *do ut des* ; 2° le contrat *do ut facias* ; 3° le contrat *facio ut des* ; 4° le contrat *facio ut facias*. Or la fonction publique ne peut rentrer dans aucune de ces catégories. Quel est, en effet, le sens des expressions *dare* et *facere* ? « *Dare* », dit Accarias (2), désigne toute aliénation émanée d'un propriétaire quelle que soit la nature du droit *réel* aliéné, pourvu qu'il soit bien déterminé. Ainsi le traitement peut faire l'objet du *dare* de la part de l'Etat, mais non les prestations de services de la part des employés dont les obligations sont générales. Au contraire « *facere* » est une expression très large qui s'applique « soit aux faits juridiques soit aux faits non juridiques » (3) accomplis par les fonctionnaires, et ne peut viser seulement la prestation pécuniaire bien déterminée qui est le versement du traitement.

La fonction publique entre-t-elle dans le cadre du *do ut des* ? Assurément non, car les services du fonctionnaire peuvent être l'objet du *facere* qui comporte des obligations générales mais non du *dare* qui a un sens restreint aux prestations pécuniaires. Même parfois le *dare* manquera de la part de l'Etat quand il s'agira de fonctions qui ne sont pas rémunérées.

Fait-elle partie des pactes *facio ut facias* ? C'est impossible car au contraire de ce que nous venons de dire, si les services du fonctionnaire peuvent faire l'objet d'un *facere*, le traitement fait l'objet d'une prestation déterminée, d'un *dare*.

Il faut écarter pour les mêmes raisons le contrat *facio ut des* car l'Etat n'est pas obligé à un *facere*, et le fonctionnaire

1. DIG : Lois 5, proc. *De prescriptis verbis*, XIX. 5.

2. ACCARIAS : *Droit romain*, 4^e éd., II, n° 648, p. 406.

3. ACCARIAS : *op. et loc. cit.*

n'est pas tenu d'un *dare* : il a des devoirs plus généraux et plus étendus.

Enfin la fonction publique ne saurait être un contrat du type *do ut facias* qui cependant semble s'en rapprocher le plus. Non seulement le traitement n'est pas une condition indispensable de la fonction publique et par suite le *dare* manque parfois de la part de l'Etat, mais encore le *facere* peut faire défaut de la part du fonctionnaire, malade, en disponibilité, ou simplement négligent. Or ce fonctionnaire touche cependant un traitement pendant qu'il ne gère pas sa fonction ; il y a dans certains cas des traitements de non-activité payés d'une façon permanente.

Aucune des catégories classiques des pactes innommés ne peut comprendre la fonction publique. Cette impossibilité résulte d'ailleurs d'une raison générale. Dans les conventions de cette nature, conventions en dehors des textes mêmes du droit civil, l'obligation d'une partie ne résulte que de l'exécution de celle de l'autre partie (1). Or il n'en est pas ainsi dans les services publics. Peut-on concevoir une administration où le fonctionnaire pourrait désertier son poste le jour où le traitement qui lui est dû ne serait pas payé ? Cette désertion tomberait sous le coup de la loi pénale (2). Inversement l'Etat ne peut se refuser à payer le traitement même en cas d'inexécution des obligations du fonctionnaire, jusqu'à ce que la révocation ait été légalement prononcée (3). C'est donc que l'obligation même remplie par l'une des parties n'est pas toujours la cause de l'obligation de l'autre partie. Il n'y a donc pas dans la fonction publique de contrat innommé.

1. ACCARIAS ; *op. cit.*, II, p. 407.

2. En tant qu'elle constituerait un refus d'obéir à la loi.

3. En ce sens voir les arrêts cités ci-dessus ch. III, 1.

§ 5. — *Théories analytiques ou complexes de droit privé.*

Aucun des contrats de droit privé que nous avons examiné ne peut s'appliquer à toutes les fonctions publiques ; on a pensé alors avec raison que la question ne comportait pas qu'une seule solution et qu'il fallait distinguer entre les différentes situations que peut occuper le fonctionnaire vis-à-vis de l'Etat.

Cet éclectisme a été appliqué même en dehors du droit privé, nous le verrons, mais dans ce paragraphe nous n'entendons parler que des théories qui adoptent dans tous les cas une solution de droit civil.

Nous avons vu que les théories qui ont rencontré le plus de faveur et qui ne soulèvent des objections que pour certaines fonctions publiques sont celles du mandat et du louage, parfois du contrat innomé. Aussi est-ce entre ces trois contrats que les auteurs répartissent les différentes situations du fonctionnaire.

Un premier groupe de juristes pensent que la fonction est tantôt un louage de services, tantôt un mandat, mais ils diffèrent entre eux sur le criterium de cette distinction.

M. Dareste, qui fait de la fonction un mandat *sui generis*, apporte cependant une modification à sa thèse en admettant qu'il peut y avoir un louage de services pour les agents inférieurs (1). Il est vrai qu'il ne reconnaît pas à ces employés la qualité de fonctionnaires (2). « Le service des nombreux *fonctionnaires* que l'Etat emploie dit M. Dareste, exige un personnel nombreux de *serviteurs* (concierges, garçons de bureau, etc.).... Aussi ce contrat (de l'art. 1779) est-il d'un

1. DARESTE : *La justice administrative*, 2^e édit., p. 329. Cf. BLUNTSCHLI : *Théorie générale de l'Etat*, trad. Riedmatten, p. 453. et M. LARNAUDE, à son cours.

2. Cf. BLUNTSCHLI : *op. et loc. cit.* ; LARNAUDE : *l. c.*

usage journalier en droit administratif ». Mais nous avons vu que le degré occupé dans la hiérarchie administrative ne faisait pas la fonction publique (1), et nous aurons encore l'occasion de montrer qu'il n'y a pas de distinction à faire entre l'employé et le fonctionnaire (2).

Le criterium entre le mandat et le louage dans la fonction publique serait pour M. Dareste dans la qualité d'employé supérieur ou d'employé subalterne.

Remarquons d'abord combien ce caractère distinctif est vague et indécis. Où commence la fonction dans l'échelle administrative ? Est-ce qu'il y a fonction publique c'est-à-dire mandat dès que l'agent a le droit de décision propre ou d'initiative (3) ? Mais ceux qui sont au dernier degré de la hiérarchie ont souvent à prendre, dans les limites de leur compétence, des mesures pour lesquelles ils n'ont pas reçu un ordre expliqué. Est-ce dans la nature plus ou moins noble du service rendu, suivant la théorie romaine ? Comment expliquer alors que M. Dareste déclare que « le contrat d'engagement militaire est une sorte de louage de services » (4) ? le service militaire n'est-il pas la plus noble des fonctions du citoyen ! Est-ce dans la distinction également romaine du travail manuel, objet du louage de services, et du travail intellectuel objet du mandat ? Mais alors on se demande pourquoi l'auteur considère comme un louage de services « l'engagement des artistes dans les théâtres nationaux » (5) ? La théorie est donc au moins incomplète.

1. Voir ci-dessus : *Introduction*.

2. Ci-dessous : II^e partie, ch. III.

3. *Sic.* : BATBIE : *Traité de droit public et administratif*, 2^e éd. 1885, t. II, p. 479 et s

4. DARESTE : *op. cit.*, p. 330.

5. DARESTE : *op. cit.*, p. 330.

Le droit actuel voit dans le droit de représentation le criterium du contrat de mandat (1). Appliquant cette idée à la fonction publique, Meucci fait du fonctionnaire un mandataire quand il a le droit de représenter la personne juridique de l'Etat et de passer des contrats au nom de la collectivité. Au contraire l'auteur le considère comme un bailleur de services toutes les fois qu'il n'a que des attributions purement exécutives ne comportant pas le droit de faire au nom de l'Etat des actes juridiques (2). C'est également la thèse adoptée par Miceli (3).

Enfin un auteur a combiné la théorie du mandat avec celle du contrat innomé. Reprenant la théorie de Von der Becke sur le contrat spécial du service public, Meisterlin la complique. Il analyse la fonction publique en deux contrats parallèles : l'un qui régit la situation officielle du fonctionnaire, l'autre qui règle l'exercice effectif de la fonction. Le premier est un contrat innommé, contrat *sui generis*, par lequel un citoyen accepte de remplir une fonction publique et l'Etat s'engage à lui servir un traitement. Le second est un mandat par lequel l'Etat remet au fonctionnaire nommé la fonction elle-même, l'installe et lui confère le pouvoir de faire des actes de gestion ou de puissance publique (4).

1. Voir ci-dessous II^e partie, ch. III. Sect. III, § 4-4^o.

2. MEUCCI : *Instit. di diritto amministrativo*, I^{re} partie, section II, ch V, a. 2. Cette conception avait déjà été soutenue par CHRISTOPHORUS HARPPRECHT : *Responsa juris criminalia et civilia*. Tubingen, 1701, vol. IV, resp. 93, p. 720, n^o 77 ; MEUCCI l'a encore reprise à propos de la responsabilité de l'Etat (*Archivio giuridico*, t. XXI. 1878, p. 341 et 359).

3. MICELI : *Le garantigie dei funzionari pubblici* Catane, 1897, p. 63 et s.

4. MEISTERLIN : *Die Verhältnisse der Staatsdiener nach rechtlichen Grundsätzen*. Cassel. 1838. p. 22-24.

Cette distinction de la nomination et de la fonction a été égale-

Toutes ces théories analytiques ou complexes, pour être plus en harmonie avec la conception moderne du mandat dont la caractéristique est la représentation, n'en demeurent pas moins exposées à une objection commune. Nous avons montré que toutes les fonctions publiques ne pouvaient faire l'objet ou d'un louage ou d'un mandat, ou d'un contrat innomé pour un même motif. Il est des situations dans lesquelles le fonctionnaire a à sa disposition la puissance publique. Or celle-ci ne peut faire ni l'*objet* ni le *sujet* d'actes de droit privé.

C'est maintenant le lieu d'établir ce principe fondamental de notre droit public, à savoir que la souveraineté ne peut faire l'*objet* d'un acte de droit privé, et cette démonstration constituera notre critique générale des théories de droit privé.

Nous réservons l'exposé du principe en vertu duquel la puissance publique ne peut être le *sujet* d'un contrat ; nous le développerons plus loin pour critiquer la théorie des contrats de puissance publique.

ment exposée par M. Hauriou. Cet auteur pour qui, ainsi que nous le verrons dans l'examen des théories de droit public, la nomination est une concession sur le domaine public, accole à cette concession un *mandat* qui donne au fonctionnaire le droit d'exercer sa charge. Mais pour lui il s'agit là d'un mandat public (Voir HAURIU. *Précis*, 3^e éd., p. 328). — Dans un article récent de la *Revue Italienne des sciences juridiques* (15-31 mai 1900, p. 67). M. PACINOTTI partage également la fonction publique en deux rapports juridiques : l'un interne, entre le fonctionnaire et l'Etat, qui constitue un louage de service, l'autre externe entre le fonctionnaire et l'administré, qui est un rapport unilatéral. Comme dans notre étude nous n'envisageons que les rapports entre le fonctionnaire et l'Etat, nous ne pouvons que considérer le rapport interne, et c'est pourquoi nous avons classé l'auteur parmi les partisans du louage de services.

SECTION IV

Critique générale des théories de droit privé.

Nous avons successivement écarté chacune des théories de droit privé : quelques-unes, comme nous l'avons vu, n'ont plus qu'un intérêt historique ; d'autres, au contraire, et en particulier celle du louage de services, a encore de fervents adeptes, particulièrement dans le droit anglais et dans le droit allemand.

Ce n'est pas qu'en Angleterre, où le droit positif sanctionne la théorie du louage, les idées continentales sur la spécialisation du droit administratif et sur la situation de droit public des fonctionnaires n'aient été discutées. Au contraire, elles ont été le sujet d'une agitation politique assez vive au moment où le gouvernement avait le plus besoin d'être fort. Pour être tout puissant, le pouvoir exécutif doit avoir une autorité illimitée sur ses fonctionnaires et il est obligé de leur donner des garanties spéciales contre les tiers. Accepter ces principes c'eût été créer en Angleterre un droit administratif et une fonction publique. « Depuis l'arrivée des Tudor au trône, dit Dicey, jusqu'à l'expulsion des Stuart, les idées françaises furent discutées entre Bacon (1) et Wentworth, entre Coke et Eliot » (2). On voulait que le juge civil ne fut plus souverain qu'après le roi et ses agents ; par suite, que le roi et ses officiers ne fussent pas soumis au pouvoir judiciaire. Il était pour cela nécessaire de leur créer une situation juridique autre que celle de serviteurs privés ; il fallait de même que les juges fussent assimilés aux fonctionnaires participant à l'exercice

1. BACON : *De non procedendo rege inconsulto*.

2. DICEY : *Introduction*, p. 326 et s.

de la souveraineté sans l'autorisation du roi (1). C'était la théorie de la Révolution française sur la séparation des autorités administrative et judiciaire, la croyance à l'existence d'une puissance d'une autre nature que celle qui gère des intérêts ou juge des conflits entre particuliers. On aurait alors créé un service public au lieu d'un service privé (*civil service*). Mais les partisans de la liberté individuelle la plus grande possible l'ont emporté ; on a voulu ignorer la puissance publique en dehors du contrôle de l'autorité judiciaire, on l'a soumise au droit commun et le fonctionnaire, en droit, est resté un fonctionnaire privé.

En peut-on tirer un argument en faveur des théories de droit privé dans la législation française ? En aucune façon, ce serait appliquer chez nous des idées surannées. Le droit français admet la séparation des autorités administratives et judiciaires ; il y a une puissance publique soustraite à l'action du juge civil, dont les règles d'action constituent le droit public spécial, formé par les lois administratives et la jurisprudence administrative, sur des principes dérogatoires à ceux du droit privé. Aussi quand nous sommes en présence de rapports dans lesquels entre l'Etat, ce n'est pas le droit civil que nous appliquons, c'est le droit administratif.

Il est vrai que ce n'est que reculer la difficulté. Le droit administratif comprend en effet, outre des règles de droit public, des règles de droit privé (2) : par exemple en matière de contrat, règles qui dérogent au droit commun non par

1. Ils pouvaient être des souverains, mais sous le contrôle du roi « they are lions but lions under the Throne », dit GARDINER, (*History of England* : t. III, p. 2).

2. Voir LONGO : *Le odierne difficulta del diritto amministrativo*. (*Archivio Giuridico*, XLVIII, p. 490) ; POSADA : *Tratado de derecho administrativo*. Madrid, 1897-1898 ; JACQUELIN : *Une conception d'ensemble du droit administratif*, Paris 1899.

suite de la coexistence d'éléments de puissance publique, mais parce que c'est une personne morale qui est en jeu et que ses intérêts sont gérés par des administrateurs. L'action de l'Etat se trouve donc soumise tantôt au droit public, tantôt au droit privé ; et l'activité du fonctionnaire se manifestant dans toutes les attributions de l'Etat, il en résulte qu'on devra appliquer tantôt l'un tantôt l'autre. C'est ce qu'il faudra déterminer.

En Allemagne où, à la différence de l'Angleterre, l'Etat a été exalté pour des raisons politiques, il s'est produit une réaction. C'est celle de l'école civiliste qui s'est fondue avec celle des romanistes, le droit romain ayant toujours été en grande faveur en Allemagne. Le droit romain en était demeuré à la conception fiscale de l'Etat. Les civilistes pour donner plus de précision à leurs théories et plus de garanties aux individus veulent enfermer toute l'action de l'Etat dans les règles précises du Code. Ce désir se justifie par ce motif que s'il y a beaucoup de théoriciens du droit public en Allemagne, il y a peu de règles positives de droit public par suite de la constitution récente de l'Empire et de l'absence d'une juridiction administrative à compétence étendue (1). Aussi les droits des citoyens qui ne sont pas

1. En Allemagne il n'y avait pas avant 1871 de tribunaux administratifs, par suite pas de véritable jurisprudence administrative. Il n'y avait que des lois forcément incomplètes et des théories édifiées sur le sable, mais pas de principes reposant sur l'expérience des faits. Même aujourd'hui les tribunaux administratifs institués en 1871 dans les grands Etats d'Allemagne ne jugent encore que les recours formés contre les administrations locales ; les actes de l'administration centrale ne peuvent être l'objet que de recours hiérarchiques lorsque la puissance publique est en jeu ; et il n'y a pas de recours pour excès de pouvoir. Aussi cette organisation embryonnaire n'a-t-elle pu contribuer au développement du droit administratif allemand et la majorité des auteurs en est restée aux théories abstraites.

garantis par la loi ne peuvent en droit public être protégés ni par un recours contentieux ni par un recours pour excès de pouvoir dans ses différentes formes. Le meilleur moyen d'opposer ainsi une barrière à l'arbitraire des pouvoirs publics, c'est de civiliser le droit administratif et d'avoir recours au contentieux judiciaire (1).

Cette tendance se manifeste à propos de toutes les opérations administratives dans lesquelles l'Etat devient propriétaire, créancier, débiteur, même d'une façon accessoire, et en particulier dans la fonction publique, dans laquelle l'Etat devient débiteur du traitement. On considère qu'elle est liée à la personnalité privée de l'Etat (2). Mais comme d'autre part celle-ci dépasse le cercle ordinaire de la personnalité de l'individu, qui ne fait pas d'actes d'autorité publique, on est contraint d'étendre la notion de la personnalité pour l'Etat, en la considérant comme douée de prérogatives particulières (3).

L'une et l'autre solution sont contraires à la tradition de notre droit administratif français qui distingue et oppose nettement l'Etat qui fait des actes de commandement et l'Etat qui devient propriétaire, créancier ou débiteur (4).

Nous sommes sortis de la conception fiscale de l'Etat, telle qu'elle apparaissait en droit romain, telle qu'on pourrait encore la voir dans bien des actes d'administration en Allemagne. L'Etat ne peut plus, en toute circonstance se considérer comme un propriétaire qui gère ses affaires et

1. LABAND : *Staatsrecht* Tubingen, 1895 ; GIERKE : *Die genossenschaftstheorie* ; *contrà* : OTTO MAYER : *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1895.

2. PRIMKER : *Verhandlungen des IX^{ten} Juristentags*. T. III, p. 27 et 340.

3. G. MEYER : *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, § 149.

4. DUCROCQ : *Droit administratif*, l. c. ; BERTHÉLEMY : *Droit administratif*, p. 38-50 et p. 513.

prend des employés pour les faire servir à ses intérêts pécuniaires. C'est avant tout un gouvernement qui doit veiller sur les intérêts de tous et faire régner le droit.

Or l'Etat qui ne se considère que comme personne privée, le fonctionnaire qui ne se regarde que comme un serviteur privé de l'Etat, oublie trop vite les intérêts généraux et délaisse les services publics qui ne produisent pas un revenu direct ; le fisc devient ainsi sa propre fin à lui-même : le domaine public au sens le plus large du mot est une chose à exploiter. Si les droits de puissance sont en même temps des intérêts pécuniaires, des choses productives de revenus dont l'Etat est propriétaire, on conçoit comme possible leur aliénation ; le fonctionnaire devient propriétaire de la fonction qu'il gère, c'est la décomposition féodale qui commence, tant il est vrai de dire qu'historiquement celle-ci n'a été que le résultat de l'état d'esprit créé par la prépondérance du fisc dans le droit administratif du Bas-Empire (1).

La France a une première fois réagi contre cette conception, sous les Capétiens, en rétablissant la notion de souveraineté, de puissance publique ; cette réaction n'a pas été complète et même une seconde féodalité bourgeoise s'est rétablie avec la vénalité et l'hérédité des offices. La Révolution française a été plus radicale ; « par haine, dit M. Hauriou, de la féodalité où tout était gestion propriétaire » (2). Elle a compris qu'il n'y avait pas de service public là où il n'y avait que des serviteurs privés ; elle a arraché définitivement la souveraineté à la patrimonialité. Elle a distingué la puissance publique de la gestion, séparé l'autorité exécutive qui exerce cette puissance, de l'autorité

1. HAURIUO dans BEQUET v. *Droit administratif*. n. 39.

2. HAURIUO : *l. c.*

judiciaire qui contrôle la gestion des intérêts privés (1). La jurisprudence administrative créée aussi par elle, a continué son œuvre ; elle a établi la théorie des actes de gestion distincts des actes de puissance publique (2), en donnant un contentieux tout différent à chacune de ces deux catégories d'actes.

Depuis un siècle, tous les progrès accomplis par notre jurisprudence administrative ont contribué à creuser davantage le fossé entre la puissance publique et la patrimonialité, et à donner des garanties nouvelles à la gestion des intérêts des individus contre la puissance publique, qui s'était d'abord affirmée comme un droit absolu et incontrôlable (3).

L'avantage de la théorie allemande qui ramène la fonction de droit public à une relation de droit privé, est double : d'une part, elle précise les rapports juridiques des parties qui ne pourraient être déterminés par les règles d'un droit administratif insuffisant ; d'autre part, elle donne des garanties au fonctionnaire en soumettant la relation de fonction publique à la compétence des tribunaux judiciaires. Les auteurs ne nous cachent pas que tel est le but des théories de droit privé (4) et la loi les a suivis en partie en consacrant la compétence judiciaire pour les litiges relatifs aux intérêts pécuniaires des fonctionnaires (5).

Or, en France, ces avantages, ces garanties, ont été accor-

1. Loi des 16 et 24 août 1790. BERTHÉLEMY : *op. cit.*, p. 19.

2. LAFERRIÈRE : *Juridiction administrative*. Nous verrons que la jurisprudence au lieu de maintenir ainsi cette distinction bien nette paraît revenir à la confusion antérieure (ci-dessous II^e partie, chap. I, Sect. II, § 4).

3. C'est ce que prétendent encore des auteurs : JELLINEK : *System* (voir plus loin la théorie des droits propres, II^e partie, ch. II, Sect. I).

4. G. MEYER : *op. cit.*

5. Loi du 31 mars 1873, art. 149 et s.

dés par la voie administrative, grâce au développement de la jurisprudence en matière d'annulation d'actes administratifs pour *excès de pouvoir* ou pour *détournement de pouvoir*.

Alors, en effet, que la jurisprudence civile n'annule les actes des juges que dans les cas les plus graves d'incompétence ou de vice de forme (1), le Conseil d'Etat a étendu son droit d'annulation à tous les actes des autorités administratives lésant un intérêt individuel, direct et personnel, protégé par la loi. Il s'est fondé d'abord sur les lois spéciales qui créaient le droit individuel, par application du principe général d'après lequel l'acte administratif qui porte atteinte à un droit, c'est-à-dire à un intérêt juridiquement protégé, peut donner naissance à une réclamation devant le juge administratif (2). C'est ainsi que les recours des officiers contre les décisions ministérielles, qui portaient atteinte à leur grade ou à leurs droits à l'avancement, étaient reçus par le Conseil d'Etat lequel se basait sur la loi de 1834 qui a établi l'état de ces fonctionnaires (3).

Mais la juridiction administrative a étendu encore la notion de l'excès de pouvoir : depuis le décret du 2 novembre 1864, elle fait rentrer toutes les illégalités dans le domaine des actes susceptibles de ce recours. Elle se fonde sur la loi générale du 7-14 octobre 1790 d'après laquelle « les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs sont portées au roi » et le Conseil d'Etat a hérité de ces attributions, conformément à l'article 9 de la loi du 24 mai 1872. Ce sont ces deux lois que visent aujourd'hui tous les arrêts annulant les illégalités commises à propos de

1. LAFERRIÈRE : *Juridiction administrative*. II, p. 400.

2. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, II, p. 409.

3. Conseil d'Etat, 21 mai 1840 ; 23 juin 1841 ; 28 décembre 1842 ; 11 décembre 1848 ; 21 avril 1853 ; 12 mai 1868 ; 26 juin 1869.

l'avancement ou de la révocation des fonctionnaires (1).

La jurisprudence a été plus loin encore.

Nous avons dit que dans la conception fiscale de l'Etat, celui-ci était tenté de mettre sa puissance exceptionnelle, ses prérogatives spéciales, au service de son intérêt patrimonial. Comme l'intérêt de l'Etat n'est pas la somme des intérêts individuels, il peut être en contradiction avec celui d'un particulier. Entre ces deux intérêts d'ordre privé, c'est le régime d'égalité qui doit régner. La jurisprudence administrative s'est efforcée de le faire en étendant son contrôle de la légalité même aux actes des actionnaires de l'administration, non pas seulement, quant à la forme de cette légalité, mais même quant au fond. Elle annule comme illégaux les actes faits dans un but étranger à celui que la loi a eu en vue, pour détournement de pouvoir (2). Ainsi elle annule les actes administratifs qui mettent la puissance publique au service des intérêts pécuniaires de l'Etat (3), affirmant ainsi réellement la séparation de la puissance publique et de la gestion, de la souveraineté et de la patrimonialité !

Elle apporte ainsi par ce procédé des nouvelles garanties au fonctionnaire. L'esprit fiscal devant être absent des

1. Les deux lois sont visées par des arrêts des : 6 février 1874, *Houneau* ; 28 décembre 1877, *Wert* ; 4 juillet 1879, *Roch* ; 26 juillet 1881, *Thile* ; 9 mars 1894, *Layrle*.

2. LAFERRIÈRE, *op. cit.* II, p. 548 et s.

3. Les arrêts fondamentaux de cette matière sont, je crois, ceux qui ont annulé les arrêtés de fermeture de fabriques d'allumettes comme établissement insalubres. L'acte de puissance évitant ainsi l'Etat de payer l'indemnité due à ces fabriques par suite de l'établissement du monopole de l'Etat (loi 2 août 1872) : Conseil d'Etat 26 novembre 1875, *Pariset et Laumonier-Carriol* ; 6 décembre 1878, *Larbaud* ; Cf. 29 novembre 1878 ; 23 mars 1880 ; 8 juin 1883 ; 25 janvier 1884 ; 12 février 1886 ; 15 février 1886 ; 19 janvier 1894 ; 4 janvier 1895 ; 15 février 1895.

actes administratifs, la révocation d'un employé qui serait prononcée pour servir l'intérêt pécuniaire de la commune ou de l'Etat est exposé à une annulation pour excès de pouvoir.

Nous pensons même que cette jurisprudence est encore susceptible d'extension et que toute révocation, déplacement, suspension, prononcés pour des motifs autres que des motifs professionnels et que l'intérêt du service, tombent sous le coup des mêmes recours.

L'esprit des législations et des doctrines allemande et anglaise est donc absolument opposé à celui de la jurisprudence administrative française. Les premiers ont cherché des garanties de droits individuels dans le droit commun, la seconde les a trouvées dans le droit public. On n'en saurait donc tirer aucun argument en faveur de l'application en France de la théorie du contrat de droit privé.

En comparant la valeur de chacun de ces deux systèmes, il est évident que la supériorité appartient assurément au système français. En assimilant la puissance publique à l'individu, en établissant entre eux un régime contractuel d'égalité, on donne plus de garanties à l'individu, mais cet avantage est détruit par des inconvénients bien plus graves : l'exercice de la souveraineté est entravé ; l'Etat devant un simple gérant oublie qu'il y a des intérêts généraux d'*ordre public* qui, seuls, justifient son existence ; s'il n'y satisfait pas, il doit fatalement disparaître. Si la théorie de la jurisprudence peut entraîner à des abus en sens contraire, à favoriser l'arbitraire gouvernemental, nous verrons qu'il est possible d'y remédier en limitant son application à la catégorie des fonctionnaires qui seule peut se réclamer de la puissance publique.

Mais pour ceux-ci, le rejet de la théorie du contrat de droit privé est une nécessité d'ordre public : nous concluons

donc, comme le disait M. Courcelle-Seneuil qu'« un contrat ne peut avoir pour matière que les choses dont un particulier dispose librement (Code civil, art. 1128). Or la souveraineté n'est pas un bien privé : elle est la chose publique et ne saurait être l'objet d'un contrat valable parce que pour employer le langage du Code civil, ce contrat serait contraire à l'ordre public (Code civil art. 1133) et nul de soi » (1).

1. COURCELLE-SENEUIL : *Le contrat de prestation de travail*. (*Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques* ; CXXXII, 1889, p. 46). Voir contre cette tendance à la civilisation du droit public : M. LARNAUDE : *Préface* de la traduction française du *Droit public de l'Empire allemand* de LABAND, p. XII et XV-XVI.

CHAPITRE II

LES THÉORIES DE DROIT PUBLIC

Les fonctions ont souvent un caractère d'ordre public qui les soustrait, avons-nous vu, à l'application du droit privé. Elles comportent en effet un droit de commandement aux citoyens, et pour faire exécuter ce commandement, un droit de coercition, qui ne sont ni l'un ni l'autre à la disposition des particuliers. Elle est d'autre part pour l'Etat, abstraction qui ne peut agir que par l'intermédiaire d'agents humains, d'une nécessité absolue qui lie également son existence à l'ordre public.

Cette situation juridique, par son caractère public et les prérogatives exorbitantes du droit commun qu'elle confère doit, dit-on, trouver son explication dans le droit public.

Si certains éléments de la fonction en particulier les droits pécuniaires de son titulaire, semblent au premier abord de droit privé, on peut cependant, affirme-t-on, les faire rentrer dans le droit public ; c'est en tout cas plus facile que de trouver dans une règle de droit privé la solution des autres caractères publics de la fonction. C'est que fréquemment on soutient que le droit privé a sa raison, son fondement dans le droit public qui en fixe les bases essentielles. Des sociologues comme M. Durkheim pensent même que « tout droit est public parce que tout droit est social »,

ou comme Bacon que « le droit privé demeure sous la tutelle du droit public » (1) ; des jurisconsultes comme Rossi écrivent que « dans le droit public se trouvent les têtes de chapitre du droit privé » (2). En effet, c'est dans l'organisation de la société tout entière qu'est la source de toutes les institutions de droit privé : dans le droit de la famille et de la propriété intervient à chaque instant la notion d'« ordre public » qui justifie la plupart de ces règles. Ainsi, c'est dans l'organisation sociale et politique qui est en dernière analyse la source de tout rapport juridique, c'est dans le droit public, qu'il faut chercher le secret de toutes les institutions. A plus forte raison c'est dans ce même droit qu'on découvrira le caractère d'une institution politique comme la fonction publique.

Il y a deux systèmes de doctrines qui entendent appliquer intégralement à l'ensemble des relations juridiques qui unissent l'Etat et ses agents les règles de droit public. L'un, fait de la nomination un « acte *contractuel* de puissance publique » et du rapport qu'elle engendre, un régime contractuel, c'est celui de M. Laferrière ; l'autre fait de la collation d'une fonction publique un acte *unilatéral* de puissance engendrant un rapport légal également unilatéral qui est pour M. Larnaude un lien personnel, pour M. Hauriou un droit réel.

Mais des auteurs ont parfois combiné ces deux systèmes cependant si opposés : c'est ainsi que M. Laband fait de la situation juridique qui nous occupe un contrat engendrant un rapport personnel de puissance publique.

1. « Jus privatum sub tutela juris publici latet ».

2. ROSSI : *Droit constitutionnel* ; Cf. SAINT-GIRONS : *Droit Constitutionnel*, 2^e éd. p. 3 ; BEAUSSIRE (*Les principes du droit*, 1888) commence son exposition dogmatique par le droit public comme étant « le plus général ».

SECTION I

Système du contrat de droit public.

Il serait difficile de trouver dans notre ancien droit cette conception du contrat de droit public. Loyseau qui voit dans la commission un mandat, c'est-à-dire un contrat, ajoute bien que c'est une relation de droit public, « ce qu'est le procureur en fait privé, dit-il, est le commissaire en *fait public* » (1), mais il applique en réalité les règles du droit civil.

C'est en Allemagne que la théorie du contrat de droit public semble avoir pris naissance.

Déjà quelques-uns des auteurs qui ont fait de la fonction publique un contrat spécial, ont assez vivement ressenti l'influence du droit public. C'est par la notion d'ordre public que Von der Becke justifie le droit de révocation arbitraire du prince (2) ; c'est par un accord de droit public s'ajoutant au contrat de droit privé que Meisterlin explique la remise effective de la fonction (3). Schmitthenner est plus affirmatif : il soustrait le contrat spécial tout entier au contrat de droit privé : « ce n'est pas là, dit-il, un rapport du droit des obligations, c'est au contraire un rapport contractuel spécial et de pur droit public » (4).

Ainsi sortie de la théorie du contrat innomé, la théorie du contrat de droit public échappe aux conséquences de

1. LOYSEAU : *Des offices*. livre IV, ch. V, § 39. p. 461.

2. VON DER BECKE : *op. cit.* Voir ci-dessus ch. I, section III, II,

§ 4. Voir RHEM, *op. cit.*, p. 59 et s.

3. MEISTERLIN : *op. cit.*, voir plus haut, ch. I. section III, II, § 5.

4. SCHMITTHENNER : *Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechts*. Giessen, 1845, p. 498 et s.

la première en donnant satisfaction à ceux qui veulent y voir un lien librement consenti et à ceux qui se refusent à faire de la puissance publique l'objet des contrats de droit privé.

Aussi jouit-elle actuellement d'une assez grande faveur en Allemagne où elle tient le milieu entre l'école civiliste et celle des théoriciens de l'acte unilatéral : elle est exposée par Mohl (1), développée dans sa forme la plus pure par Seydel (2) et avec des variantes par Laband (3), Stengel (4), Gareis (5), Gaupp (6-7) et surtout Jellinek (8).

En France, après l'orientation vers le droit public donnée à la théorie du contrat de droit privé par M. Dareste (9), après les affirmations de M. Duguit (10), on a vu cette thèse adoptée parfois par l'administration pour obtenir la com-

1. MOHL : *Encyclopædie der Staatswissenschaften*, 2^e édition. Tübingen, 1872, § 34, p. 252-271.

2. SEYDEL : *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*, Wurtzbourg, 1873, p. 59 ; — *Staatsrecht des Königreichs Bayern* dans le *Recueil de Marquardsen*, 2^e éd. 1894, II, 2, § 35, p. 98 ; — *Bayerisches Staatsrecht*. Munich, 1896, T. II, p. 182 et s.

3. LABAND : *Staatsrecht des deutschen Reiches*, T. I, p. 386 et s.

4. STENGEL : *Staatsrecht der Königreichs Preussen* dans le *Recueil de Marquardren*, 2^e éd. 1894, T. III, 2, § 38, p. 137.

5. GAREIS : *Allgemeines Staatsrecht* dans le *Recueil de Marquardsen*, 1^e éd., 1884, I, 1, § 64, p. 166.

6. GAUPP : *Wurttembergisches Staatsrecht*, dans le recueil cité 2^e éd. 1895, III, 2, § 45, p. 140.

7. Sur ces auteurs, voir RHEM : *Die rechtliche Natur des Staatsdienstes*, p. 119.

8. JELLINEK : *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, Fribourg, 1892, p. 201, 207, 208.

9. DARESTE : *La justice administrative*, p. 388. Voir plus haut, ch. I, section III, II, § 4.

10. DUGUIT : *Les fonctions juridiques de l'Etat moderne* (*Revue Internationale de sociologie*, 1894, p. 161-197).

pétence administrative dans des contestations entre les communes et leurs employés (1). M. Cazalens en particulier a fait de la fonction publique un « contrat administratif » (2); dans une thèse récente, M. Kammerer adopte la théorie et les arguments de Seydel (3); enfin M. Laferrière, dans son beau livre sur la juridiction administrative classe la fonction publique dans la catégorie des « actes de puissance publique contractuels » (4).

Pour établir cette théorie il est nécessaire de prouver, non seulement que la fonction est un contrat, les auteurs de droit privé ont déjà fait cette démonstration et on ne saurait que reprendre leurs arguments, mais encore : 1^o qu'il y a des contrats de droit public ; 2^o que la fonction publique réunit les conditions de ce contrat ; 3^o que les objections qui s'opposent à ce qu'on fasse de la fonction un contrat de droit privé tombent si on la considère comme un contrat de droit public.

Il y a pour certains auteurs des contrats de droit public. Pour eux la notion de contrat est une notion générale du droit qui n'a rien de spécial au droit privé. Tout accord de volontés peut prendre cette forme de manifestation. Les conditions même du contrat de droit privé : accord libre de volontés, capacité des parties, objet licite, peuvent être indifféremment réalisées en matière de droit public et en matière de droit privé. Il n'y a qu'une différence entre

1. Observations du Ministre de l'intérieur dans l'affaire Cadot (Conseil d'Etat 12 janvier 1883; LEBON, 1883, p 29).

2. Voir ses conclusions comme commissaire du Gouvernement devant le Tribunal des conflits dans l'affaire Guidet, 27 décembre 1879, S. 81. 3. 36.

3. KAMMERER : *La fonction publique en Allemagne*, Paris, 1899, p. 90.

4. LAFERRIÈRE : *Traité de la juridiction administrative*, 2^e éd. Paris 1896, T. I, p. 618 et s.

l'une et l'autre matière, c'est celle de l'intérêt en jeu : « La distinction entre le droit public et le droit privé, dit Seydel, est celle entre l'intérêt de tous et l'intérêt particulier » (1). Il y a donc des contrats de deux sortes : les uns, qui ne sont passés que dans un intérêt individuel d'ordre patrimonial ou privé, ce sont des contrats de droit privé ; les autres touchant à un intérêt général, sont de droit public.

Ainsi tous les actes contractuels passés par l'Etat au nom de la collectivité en matière de services publics (2), tous les contrats même dans lesquels les parties ne sont que des particuliers mais où l'intérêt général est en jeu et prime les intérêts des parties sont des contrats de droit public (3). Ainsi non seulement les traités internationaux, l'expropriation, la naturalisation, l'inscription dans une école publique, dans un hôpital (4), dans lesquels l'Etat est partie, mais encore le mariage, l'adoption, desquels il est absent, sont des contrats de droit public.

Dans la naturalisation par exemple, l'individu qui a réalisé les conditions nécessaires exprime sa volonté de devenir sujet d'un Etat par une demande de naturalisation, l'Etat, de son côté, exprime sa volonté d'accepter le postulant comme citoyen par un décret de naturalisation. Il y a donc, de part et d'autre, expressions de volonté concordantes ; cet accord est passé par des parties l'une et l'autre capables à ce point de vue. Les lois établissent même des règles spéciales de capacité ; il n'est pas contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public de devenir citoyen d'un pays ; cette convention libre, passée par des parties capa-

1. SEYDEL : *Baierisches Staatsrecht*, II, p. 184 ; Cf. RHEM : *Die rechtliche Natur des Staatsdienstes*, p. 150.

2. SEYDEL : *op. cit.*, p. 185 ; CAZALENS : *loc. cit.*

3. SEYDEL : *op. et loc. cit.*

4. JELLINEK : *op. cit.*, p. 201, 207, 208.

bles, dans la forme légale et ayant un objet licite, est donc un contrat. Mais si l'individu a un intérêt particulier à être citoyen d'un Etat plutôt que d'un autre, c'est toujours d'après des considérations d'ordre public et d'intérêt général que sera accordée ou repoussée la naturalisation. La loi elle-même l'indique en imposant comme condition la résidence sur le territoire français, ce qui est une garantie de sociabilité avec le milieu nouveau, ou le fait d'avoir rendu des services éminents à l'Etat, ce qui est un encouragement pour les étrangers à servir l'intérêt de l'Etat français. De plus l'individu accepte par la naturalisation de se soumettre à la puissance de l'Etat, aux obligations de droit public qu'elle impose : service militaire, impôts, fonctions de juré, etc., qui sont toutes d'intérêt général et d'ordre public. D'une part il y a contrat, d'autre part l'intérêt en jeu est l'intérêt général qui fait le droit public : la naturalisation est donc un contrat de droit public.

Mais la doctrine allemande a été plus loin ; même en dehors des cas où l'Etat est partie au contrat comme dans la naturalisation, l'expropriation, l'admission dans une école publique ou dans un hôpital, elle fait des contrats de droit public, de conventions passées entre les particuliers quand l'ordre public est intéressé. L'Etat, dit-on, est basé sur la famille : les rapports de famille sont donc au premier chef d'ordre public. C'est pourquoi les contrats relatifs à ces rapports sont rigoureusement réglés par la loi qui restreint la liberté des parties. Si ce n'était pas une question d'ordre public il ne devrait pas y avoir de sanction pénale, c'est-à-dire des sanctions de droit public à l'adultère, le contrat de deux parents ne pourrait constituer le délit d'inceste. S'il y a des sanctions de droit public, c'est que le contrat est lui-même de droit public. Ainsi le mariage, l'adoption ont ce caractère et par la forme et par le fond.

Telle est la conception allemande du contrat de droit public.

Les auteurs français ont restreint et précisé cette théorie. Ils l'ont restreinte en limitant la catégorie des contrats de droit public non pas à tous les actes d'intérêt général ou d'ordre public, mais seulement aux actes contractuels passés par la puissance publique. Ils l'ont précisée en lui appliquant les règles positives édictées par la loi en matière de « contrats administratifs ». Ils appliquent à ces conventions la dénomination de « contrats administratifs par leur nature » (1) ou même simplement de « contrats administratifs » (2).

Quand elle contracte, l'administration, dit M. Laferrière « tantôt agit pour la question de biens productifs de revenus, tantôt comme préposée à la gestion des services publics, *tantôt enfin comme puissance publique faisant des actes qui ont l'empreinte de cette puissance et qui ont en même temps un caractère contractuel* (3). } dans ce dernier cas seulement le contrat est administratif par sa nature » (4). L'auteur cite comme exemple de ces contrats : les concessions et affectations administratives et les fonctions publiques (5).

Ainsi pour lui quand l'Etat concède en Algérie ou aux colonies des terres aux colons qui s'engagent à les exploiter, il y a contrat : d'un côté l'Etat s'oblige à maintenir le concessionnaire en possession pendant un certain nombre d'années (6), et après l'expiration de ce délai à concéder la

1. LAFERRIÈRE : *La juridiction administrative*, 2^e édit., 1896, I, p. 588.

2. CAZALENS : *l. c.*

3. LAFERRIÈRE : *op. cit.*, 2^e édit. 1896, I, p. 587, Cf. LÖNING : *Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten*, 1879, p. 131 ; *Verwaltungsrechts*, 1884, § 25.

4. LAFERRIÈRE : *op. cit.*, p. 588.

5. LAFERRIÈRE : *op. cit.*, p. 604 et s.

6. Par exemple 5 ans en Algérie. Décret du 30 septembre 1878.

pleine propriété si les conditions légales sont réunies (1); d'un autre côté, le concessionnaire se soumet à des conditions d'exploitation et de résidence qu'à peine de déchéance il doit intégralement remplir. Il y a donc accord de volontés et application de ce principe général des contrats, que l'inexécution d'une obligation par l'une des parties délie l'autre partie.

D'autre part le but de ces concessions est un intérêt politique, celui de la colonisation. L'Etat, en effet, ne cherche pas dans ces concessions coloniales à exploiter lui-même le sol de la colonie, il n'agit pas comme propriétaire bien qu'il concède un droit de propriété, mais il agit comme pouvoir politique (2), il fait un acte de puissance publique. Comme cet acte est en même temps un contrat, c'est donc un acte de puissance publique contractuel ou un contrat administratif par nature (3).

Voyons comment on fait de la collation de la fonction un contrat de droit public. La théorie allemande et la théorie française contiennent une partie commune, c'est que cette collation est un contrat; la première le considère comme de droit public, parce qu'il est conclu dans un intérêt général, la seconde, parce qu'il est conclu par la puissance publique.

Contract

La fonction publique est contractuelle : elle réunit les conditions de tout contrat : accord de volontés, capacités des parties, droits et obligations réciproques et licites. « La fonction publique, dit M. Laferrière, suppose entre l'autorité qui nomme et l'agent qui est nommé, un accord de volontés qui doit également se produire en cas de démis-

1. Voir pour l'Algérie le décret du 30 septembre 1878, a. 22-25

2. LAFERRIÈRE : *op. cit.*, p. 607.

3. LAFERRIÈRE : *op. cit.*, p. 608.

sion volontaire (1) ». Il y a en effet, entre les deux parties, nul ne le nie, un lien juridique ; un lien de droit ne peut avoir pour origine que la loi ou le contrat. Or il n'y a pas de loi qui oblige à la fonction publique, donc le fonctionnaire doit avoir consenti à occuper la fonction, et passé pour cela un contrat. C'est ce que fait remarquer Seydel : « L'obligation au service public qui n'existe pas en vertu d'une loi ne peut être fondée autrement que par un accord de volontés entre celui qui doit effectuer le service et celui à qui il doit être rendu (2).

Laferrière saisit la preuve de l'existence de cet accord de volonté à la base de la fonction publique dans l'engagement militaire. Le soldat enrôlé n'est pas un fonctionnaire, le soldat engagé ; le devient « dans ce cas, dit l'auteur (3), un contrat se forme entre l'engagé et l'Etat : ce contrat se lie étroitement à l'acte d'enrôlement, il en est une condition nécessaire puisque l'Etat ne pourrait pas imposer en vertu de la loi le service qui lui est librement offert par l'engagé volontaire ou par le militaire qui contracte un réengagement. »

En vain on objecte que la simple coexistence de deux consentement ne crée pas un contrat. Les partisans de la théorie que nous examinons, répondent qu'il n'y a pas ici une simple coexistence de deux consentements qui s'ignorent et sont étrangers l'un à l'autre : l'Etat accepte la demande du fonctionnaire et celui-ci accède à la nomination de l'Etat ; les obligations d'une des parties constituent des droits pour l'autre ; il n'y a donc pas relation de coexistence mais relation de causalité entre les deux consentements, ce qui est la condition du contrat.

1. LAFERRIERE : *op. cit.*, I, p. 619,

2. SEYDEL : *Bayerisches Staatsrecht*. Munich, 1896, II, 183.

3. LAFERRIERE : *op. cit.*, I, p. 614.

Ce consentement libre et réciproque est donné par des parties capables de contracter : le fonctionnaire ne peut en effet acquérir cette qualité que s'il a la capacité civile ; l'Etat passant des marchés administratifs de toute nature pour la gestion de ses services publics comme pour celle de son domaine privé ne saurait, en l'absence de textes, se voir refuser le droit de contracter, pour donner des agents à ces mêmes services.

Enfin « la fonction comporte, dit M. Laferrière, des obligations réciproques du fonctionnaire et de l'Etat, » (1) qui ne peuvent dériver que d'un contrat. Par la nomination, le fonctionnaire acquiert non seulement des droits spéciaux à chaque fonction, mais encore des droits généraux communs à toutes. Il a droit à la protection de l'Etat dans l'exercice de sa fonction (2), au titre, au rang, aux droits de préséance, et à tous les honneurs attachés à la fonction (3) : il acquiert des droits pécuniaires à un traitement fixe et parfois éventuel (4), à une pension de retraite (5), aux frais de représentation (6), aux impenses faites dans la gestion du service (7), aux remises proportionnelles (8), au casuel (9), parfois à des indemnités de logement (10), de rési-

1. LAFERRIÈRE : *op. cit.*, I, p, 619.

2. Code pénal, a. 222 et s. — autrefois a. 75, Constitution de l'an VIII, et aujourd'hui procédure du conflit.

3. Décrets, 19 avril 1852, 28 décembre 1875, 29 décembre 1876.

4. Greffiers, chanceliers de consulat, professeurs.

5. Loi des 9 juin 1853, 17 juin 1856, 17 mars 1875, 21 mars 1885, 26 décembre 1890, a. 29, 28 avril 1893, a. 50.

6. Préfets, sous-préfets, etc.

7. *Controv.* V. MICHOD : *Pand. chr.*, IV, 1.

8. Receveurs des finances, percepteurs, trésoriers généraux, conservateurs des hypothèques, receveurs des domaines et de l'enregistrement.

9. Curés et desservants.

10. Officiers, douaniers.

dence (1), de premier établissement (2), de déménagement, à des frais de bureau (3), quelquefois au logement lui-même (4). Il acquiert en outre des garanties spéciales contre le déplacement ou la révocation, garanties qui sont pour lui des droits à l'immovibilité, à la propriété du grade, ou de la chaire ; il a le droit d'être dispensé de certaines charges telles que celle de la tutelle (5), ou d'une partie du service militaire (6), etc.

Réciproquement le fonctionnaire est soumis à des obligations qui constituent autant de droits pour l'Etat ; il doit obéissance aux ordres légaux et hiérarchiques, il doit le secret professionnel, la fidélité politique, il est tenu de résider au siège de sa fonction (7), d'obtenir l'autorisation du gouvernement pour recevoir des décorations étrangères ; il ne peut se livrer à un emploi accessoire (8), cumuler plusieurs fonctions (9) ou traitements (10), faire le commerce (11), il est tenu au port de l'uniforme dans les cérémonies officielles, il est obligé d'exercer en personne sa fonction sauf autorisation de suppléance (12) il doit parfois

1. Instituteurs dans les villes.

2. Archevêques et évêques.

3. Préfets, sous-préfets, trésoriers généraux.

4. Préfets et sous-préfets, ambassadeurs, proviseurs de lycée,

5. Code civil, a. 427.

6. Loi militaire de 1889, a. 23. 1^o. Décret 23 novembre 1889, a. 7.

7. Le siège de la fonction fixe même parfois son domicile légal (Code civil a. 107).

8. Une récente circulaire ministérielle interdit par exemple aux professeurs des lycées d'enseigner dans d'autres institutions.

9-10. Loi du 16 février 1872 ; loi 21 mars 1885 ; loi 26 février 1887, a. 42.

11. Code Pénal, a 176.

12. Ex. : Loi 26 février 1887 a 42.

obtenir une autorisation hiérarchique pour le mariage (1) et ses conditions pécuniaires (2), parfois verse une caution (3), prête un serment, sinon politique (4) du moins professionnel (5).

Sans doute ces droits et obligations réciproques constituent plutôt un régime légal car ils sont fixés d'avance par la loi et ils ne peuvent être discutés par les parties, qui doivent les accepter ou les rejeter en bloc (6). Mais un contrat dont la teneur est fixée d'avance et demeure immuable ne cesse pas par là même d'être un contrat (7). Le fait de jeter une lettre à la poste, de prendre un billet de chemin de fer, même d'acheter un objet dans un magasin à prix fixe est un contrat. De même le fait que les clauses de la fonction publique sont prédéterminées par la loi ne détruisent pas son caractère contractuel (8). « Une obligation conclue entre deux personnes juridiques, dit Seydel, en vue et avec l'effet de créer unilatéralement ou synallagmatiquement des obligations, c'est ce qui a été

1. Code civ., a. 94. Décret du 16 juin, 1808 ; décret 4 août et 28 août 1808. Avis du Conseil d'Etat du 21 décembre 1827. Ordonnances des 21 décembre 1820 et 27 décembre 1831.

2. Ex. : les officiers ; la dot qui doit être apportée par la femme est réglée administrativement.

3. Ex. : les comptables des finances.

4. Aboli par le décret du 5 septembre 1870.

5. C. P., a. 196 ; Décret 24 messidor an XII ; décret 8 mars 1852 ; décret 22 mars 1852 ; loi 8 août 1839, a. 3.

6. LAFERRIÈRE : *Juridiction administrative*, 2^e édit, I, p. 619 : « Ni l'administration ni le fonctionnaire ne peuvent les modifier par des conventions particulières : l'amovibilité ou la perpétuité du titre, la nature des services à rendre, le taux des traitements, les conditions du droit à la pension sont fixés pour tous les emplois de l'Etat par des actes législatifs ou réglementaires auxquels il ne pourrait être suppléé ni dérogé par des contrats ».

7. LABAND : *Deutsches Staatsrecht*, I, p. 399-401.

8. *Contrà* : BLOCK : *Dictionnaire d'administration*, v^o *fonctionnaire*.

toujours appelé un contrat depuis qu'il existe une science du droit (1). »

La fonction publique réunit donc toutes les conditions du contrat quant au fond.

Dans la forme on a avec quelque raison fait remarquer que la nomination apparaît comme un acte unilatéral de l'Etat ayant l'aspect d'un décret ou d'une ordonnance. C'est même là l'argument principal des auteurs qui repoussent la théorie du contrat de droit public (2). Mais, répondent les théoriciens de l'accord contractuel, il n'y a là qu'une apparence ; la nomination est bien l'acte d'une seule des parties, mais elle n'est pas à elle seule l'acte constitutif de la fonction ; il faut qu'antérieurement ou postérieurement se produise l'acceptation du fonctionnaire. La nomination que l'on considère comme un « décret » ou une « loi spéciale » n'est que la manifestation écrite de l'accord tacite intervenu entre l'Etat et le fonctionnaire (3). Mais elle ne fait pas le fonctionnaire. La preuve, c'est que, dit-on, s'il y avait une nomination sans que le citoyen ait accepté ou accepte le service public dont on veut le charger, il n'y aurait pas de constitution de fonction publique parce que celle-ci ne peut être imposée. Qu'importe alors que la ma-

1. SEYDEL : *Baierisches Staatsrecht*, édit., 1896, II, p. 183.

2. BLOCK : *op. et loc. cit.* ; SAINT-GIRONS : *Droit constitutionnel*, 1885, p. 21 ; M. LARNAUDE : à son cours ; M. HAURIUO : *Précis de droit public et administratif*, p. 686 ; GÖNNER : *Der Staatsdienst*, Landshut 1808, § XVI, p. 51 ; H. A. ZACCHARIAE : *Das deutsche Staats- und Bundesrecht*, Göttingen, 3^e édit., 1865-1867, T. II, § 135, p. 27-28 ; GERBER : *Grundzüge*, 3^e édit., 1880, p. 117 ; BLUNTSCHLI : *Allgemeine Staatslehre*, 5^e édit., 1875, I, p. 603 ; RÖNNE : *Pr. Staatsrecht*, III, p. 406 ; ZORN : *Deutsches Staatsrecht*, I, p. 304-307.

3. LABAND : *op. cit.*, II, p. 399-400 ; SEYDEL : *op. cit.*, II, p. 186. Cf. *Observations du Ministre de l'Intérieur* dans l'affaire Cadot (Conseil d'Etat, 12 janvier 1883 ; LEBON : 1883, p. 29 et s.)

nifestation de l'accord soit unilatérale ou bilatérale, un contrat n'ayant pas même besoin d'être constaté par écrit est parfait avant sa divulgation.

En fait même on exige du fonctionnaire qui n'avait pas fait de demande antérieure un accusé de réception de la lettre de nomination afin d'être assuré que sa volonté est bien d'accepter la fonction, et de n'avoir pas besoin d'attendre sa prise de possession du poste.

Mais en supposant même que ce consentement exprès du nouveau fonctionnaire ne soit pas formel, en admettant qu'il n'y ait pas de lettre d'acceptation, la fonction ne cesserait pas d'avoir la forme contractuelle. Il suffit en effet, pour la formation du contrat, d'un consentement tacite certain et la prise de possession de l'emploi ou l'installation en serait une preuve évidente. Nous avons vu que c'est cette prise de possession qui détermine pour le fonctionnaire la date à partir de laquelle commence à courir le traitement d'après les règlements administratifs et que la Cour de cassation fait commencer la fonction à la date de l'installation (1). Ainsi la forme de la constitution de la fonction publique n'est pas unilatérale et en tout cas un acte unilatéral peut constater un rapport synallagmatique.

En la forme comme dans le fond, l'acte est donc un contrat.

La fonction publique admise ainsi au nombre des contrats, il s'agit de démontrer que ce contrat est de droit public.

La théorie allemande avec Rhem et Seydel se fonde sur cette idée que le contrat est conclu dans un intérêt général, et l'intérêt général fait qu'il y a droit public ; la théorie française se base sur ce fait que c'est la puissance publique qui contracte, et le domaine du droit public est celui de la puissance publique.

1. Ci-dessus, p. 91.

Publ. r. conha

Il ne saurait, dit l'école allemande, être question d'un contrat de droit privé. L'institution de la fonction publique est en effet d'un intérêt général et il suffit que l'intérêt de l'Etat soit dominant pour que le contrat soit administratif.

En effet, ce sont les droits de tous que protègent les agents de l'Etat, ce sont des intérêts collectifs que gèrent ses employés. Les uns comme les autres n'agissent que pour les intérêts de tous les citoyens.

Mais le contenu même de la fonction n'existe que dans l'intérêt de l'Etat. D'une part, les droits qu'il acquiert sur le fonctionnaire sont évidemment établis en sa faveur : l'obéissance hiérarchique, l'assiduité, le secret professionnel, ont pour but l'intérêt de l'Etat et sont de droit public. D'autre part, les obligations qu'il contracte : devoir de protection du fonctionnaire dans l'exercice de sa fonction, punition de ceux qui lui refusent obéissance, n'existent qu'en vue d'assurer le libre et plein exercice de la fonction et par suite sont encore dans l'intérêt de l'Etat. Les obligations pécuniaires semblent davantage dans l'intérêt du fonctionnaire, et de fait beaucoup d'auteurs allemands qui admettent la théorie du contrat de droit public en détachent les obligations pécuniaires qu'ils considèrent comme ayant un caractère privé (1), pour en faire un contrat de droit commun qui y est adjoind (2). Ces obligations pécuniaires de l'Etat, que nous avons énumérées plus haut, n'ont cependant, comme les honneurs que confère la fonction, d'autre but que d'attirer plus de candidats aux fonctions publiques

1. RHEM : *Die rechtliche Natur des Staatsdienstes* ; GIERKE : dans le *Rechtslexikon*, de HOLZENDORFF, 3^e édit., 1881, II, p. 54 ; HÄNEL : *Deutsches Staatsrecht*, 1892, I, p. 155 ; WELKER : dans le *Staatslexikon* de ROTTECK et WELKER, 3^e édit., 1865, T. XIII, p. 576-590 ; SARWEY : *Das öffentliche Recht* p. 322 ; *Staatsrecht des Königreichs Württemberg*. Tübingen, 1883, II, 276.

2. RHEM : *op. et loc. cit.* ; WELKER : *op. et loc. cit.*

en n'écartant pas ceux qui sont sans fortune, et par suite, de permettre à l'Etat un plus large choix, et de donner au fonctionnaire les moyens de tenir un rang social qui lui facilite sa mission. Elles sont donc conçues également dans l'intérêt de l'Etat, et appartiennent, d'après le criterium établi, au droit public (1). Tout le contenu de la fonction est donc de droit public ; le contrat qui engendre ces obligations d'une seule et même nature juridique ne saurait avoir que le même caractère (2).

Ce caractère distinctif de l'intérêt général du droit public criterium a même été adopté parfois en France en notre matière.

Ainsi la Cour de Dijon a déclaré que « *l'engagement qui se résout en une obligation de faire contractée exclusivement dans l'intérêt de l'Etat est essentiellement un contrat administratif* » (3). M. Cazalens dans ses conclusions comme commissaire du Gouvernement devant le tribunal des conflits applique cette idée à la fonction publique qui ne peut être, selon lui, un contrat de droit privé, mais revêt le caractère administratif : « il suffit, dit-il, pour s'en convaincre de considérer que l'une des parties contractantes est le maire de la commune *stipulant pour assurer l'exécution des services publics* » (4). Il insiste même, comme le font Seydel et Laband sur ce fait que les obligations des deux parties sont de droit public exclusivement parce que les unes et les autres ont en vue l'intérêt d'un service public : « C'est à tort, ajoute le

1. LABAND : *Deutsches Staatsrecht*, I, p. 455 ; SEYDEL : *Baierisches Staatsrecht*, II, p. 237 et s. ; JELLINEK : *System*, p. 172, 200 et s.

2. Voir les auteurs cités à la note précédente ainsi que STENGEL : *Staatsrecht des Königreichs Preussen*, dans le *Recueil de Marguardsen*, 1894, III, 2, § 38 ; WACH : *Handbuch des deutschen Civil processrechts*. Leipzig, 1885, I, p. 96.

3. Dijon, 8 février 1878 : *Grenier*.

4. Conflits 27 décembre 1879. S., 81. 3. 36.

même magistrat, qu'on prétendrait assimiler cette convention à un contrat mixte, administratif d'un côté, civil de l'autre, analogue en cela aux baux d'immeubles passés par l'Etat en vue de l'installation des services publics....., la convention discutée est une convention administrative des deux côtés, non seulement du côté du maire puisque, comme nous venons de le dire, il stipule en vue du fonctionnement des services publics, mais aussi du côté de l'employé qui s'engage à faire fonctionner ces mêmes services » (1).

Mais la théorie française trouve plutôt le criterium de la distinction entre le droit public et le droit privé dans l'existence de la puissance publique (2). Pour que la fonction publique soit un contrat de droit public, il faut que ce soit un contrat de puissance publique. Il en est ainsi pour les auteurs qui, insistant sur le caractère de la nomination, en font un « acte de puissance publique contractuel » (3).

Ainsi l'engagé militaire ou le rengagé passe avec l'Etat un contrat de droit public, parce que c'est avec l'Etat puissance publique qu'il contracte. L'acte d'engagement est en effet un acte de puissance publique : « L'Etat, dit M. Laferrière (4), fait une opération de recrutement qui est au premier chef un acte de la puissance publique et qui reste tel malgré les éléments contractuels qui viennent s'y associer ». C'est pourquoi le contentieux en est toujours demeuré administratif (5). Aussi M. Laferrière classe-t-il les engagés et

1. Conflits, 27 décembre 1879, *Guidet*, S. 81. 3. 36.

2. LAFERRIÈRE : *op. et loc. cit.* ; JACQUELIN : *Une conception d'ensemble du droit administratif*. Paris 1899.

3. LAFERRIÈRE : *op. cit.*, I, p. 604 et s.

4. LAFERRIÈRE : *op. cit.*, I, p. 614.

5. Sous l'ancien régime le contentieux du recrutement militaire appartenait aux intendants ; la loi du 9-25 mars 1781 (titre III, a. 20 et 21) le déférait aux municipalités et directoires de département ; aujourd'hui elle appartient au ministre de la guerre (a. 15, décret du 30 novembre 1872) sauf recours au Conseil d'Etat.

les rengagés militaires, parmi ceux qui passent avec l'Etat un contrat de droit public. Or, au moins ces derniers, nous l'avons vu, sont des fonctionnaires (1).

Cette thèse nous paraît également ressortir des observations présentées par le ministre de l'Intérieur à propos de l'affaire Cadot dont nous avons parlé (2). « L'accord qui existe entre l'employé et l'administration, dit il, est une *convention sui generis* dont il faut rechercher l'essence et la portée dans l'article 12 de la loi du 18 juillet 1837 (aujourd'hui art. 88 loi 1884) », c'est-à-dire dans une disposition de loi donnant au maire le droit de faire un acte de puissance publique en nommant ou en suspendant tout employé. « Cette convention, ajoute le ministre, laisse intacte en la personne du maire le droit de suspension et de révocation, droit dont l'exercice constitue un acte d'administration pure », c'est-à-dire un acte de puissance publique. En effet « il ne peut être l'objet de recours que par la voie gracieuse ou pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat » sauf cependant l'admission du recours devant le préfet ou le ministre pour l'acquittement des salaires échus. Ainsi, d'une part c'est un acte de puissance publique, d'autre part c'est un contrat : c'est donc un contrat de puissance publique ou contrat de droit public.

Cette théorie a été plusieurs fois soutenue devant les tribunaux (3) ; un auteur, dans la *Revue Générale d'administration*, affirme y voir le système de la jurisprudence des conflits et du Conseil d'Etat (4).

Ainsi, pour la théorie française du contrat de droit public, l'Etat nomme le fonctionnaire par un acte de puissance et

1. RHEM : *Die rechtliche Natur des Staatsdienstes* p. 187 ; LABAND : *Deutsches Staatsrecht*, II, 669, note 8.

2. Conseil d'Etat 12 janvier 1883. LEBON : p. 29.

3. Conflits : 7 août 1880, *Le Goff*. Lebon, p. 753.

4. *Revue générale d'administration*, mars 1899, p. 326.

contracte en même temps avec lui : « L'Etat, selon M. Duguit, donne un ordre et conclut un contrat » (1) « l'acte qu'il accomplit est *en même temps* un ordre et un contrat » (2); le citoyen qui devient fonctionnaire « est à la fois un contractant et un sujet » (3).

En résumé, pour Seydel et Cazalens, parce que l'intérêt général est en jeu, pour M. Laferrière et M. Duguit, parce que c'est la puissance publique qui intervient, la fonction publique a son origine dans un contrat de droit public.

Réfutation de la théorie du contrat de droit public. — Nous avons déjà montré qu'un lien de droit privé ne pouvait expliquer toutes les situations que comporte la fonction publique ; comme le lien de droit privé ne pouvait être qu'un contrat, nous avons déjà ainsi partiellement repoussé la théorie du contrat. En démontrant maintenant qu'une convention même de droit public ne rend pas davantage compte de l'institution qui nous intéresse, nous écarterons ainsi entièrement la thèse de l'accord contractuel.

Notre argumentation portera sur trois points : 1^o les conditions du contrat ne sont pas réunies dans toutes les situations que nous avons à expliquer ; 2^o lorsqu'un fonctionnaire a une situation contractuelle, ce contrat ne saurait être de droit public, parce qu'il n'y a pas de contrats de droit public ; 3^o alors même que ces deux conditions seraient réunies, c'est-à-dire qu'il y aurait effectivement contrat et qu'il existerait des contrats de droit public, la fonction publique cependant ne saurait appartenir à cette catégorie parce qu'elle n'est pas toujours de droit public et que précisément elle sort du droit public quand elle entre dans une forme contractuelle.

1. DUGUIT : *Les fonctions juridiques de l'Etat moderne* (*Revue internationale de sociologie*, mars 1894), p. 187.

2. DUGUIT : *l. c.*, p. 190.

3. DUGUIT : *l. c.*, p. 187.

Puisque la notion de contrat est une notion générale du droit, elle doit être identique dans le droit public et dans le droit privé et par suite comprendre les mêmes éléments, satisfaire aux mêmes conditions. C'est pourquoi l'on s'efforce de démontrer que la fonction publique est l'œuvre de libres consentements, qu'elle est passée par des parties capables, qu'elle a un objet licite.

Il nous semble cependant qu'il est téméraire de parler de libre consentement de la part d'un individu entrant en rapport avec la puissance publique, qui peut lui ordonner ce qu'il ne voudrait pas faire volontairement (1). On ne peut pas dire, croyons-nous, qu'un rapport soit engendré par un acte qui est à la fois un ordre et un contrat, comme le prétend M. Duguit, (2), car ces deux notions sont contradictoires : le contrat suppose la liberté, l'ordre exclut cette liberté.

C'est ce que reconnaissent quelques-uns des auteurs qui comme Schulze (3) admettent cependant des contrats de droit public.

Alors pour sortir de cette difficulté, on essaye de distinguer dans la fonction publique entre la nomination et le rapport qu'elle engendre.

Pour les uns la nomination serait contractuelle, le rapport serait de puissance publique (4).

C'est la théorie de Laband, Sarwey, Jellinek, Haenel (5).

1. M. LARNAUDE, à son cours.

2. DUGUIT : *l. c.*, p. 190.

3. SCHULZE : *op. cit.*, introduction, p. 205, n° 1.

4. SCHMITTHENNER : *Grundlinien*, 1845, p. 506 et 509, p. 506 : « La nomination et son acceptation reposent sur un contrat déterminé, le contrat de service public » ; p. 509 : « le contrat est la *causa precedens* de la fonction... mais ce n'est pas un rapport du droit des obligations c'est un rapport spécial du droit public ».

5. LABAND : *Deutsches Staatsrecht.*, I, p. 386 et 394 ; SARWEY : *Wurttemberg. Staatsrecht*, II, p. 275-276 ; JELLINEK : *System* : p. 172-201-207-208, Cf. ; HAENEL *Deutsches Staatsrecht*, I, p. 35 ; ROSIN (*Souveränität*, p. 32 35) et JELLINEK (*Staaten-*

Au début de l'exercice de la fonction, le contrat disparaît sans faire place au rapport de puissance publique ; les deux régimes seraient ainsi successifs. Nous examinerons plus loin la théorie du rapport spécial de puissance ; il nous suffit de faire en ce moment remarquer que la contradiction subsiste. Le régime contractuel, s'il existe au début de la fonction, persiste et demeure durant son exercice puisque le fonctionnaire peut, à chaque instant retirer cette volonté en donnant sa démission (1).

Pour les autres au contraire, et ce sont les plus nombreux, c'est la nomination qui serait unilatérale et le rapport contractuel. C'est l'opinion de Seydel (2). Mais d'où vient alors le rapport contractuel ? Quel est sa base juridique ? Un acte de puissance, un ordre n'engendrent qu'un devoir d'obéissance pour le sujet passif de cet acte. Ainsi on n'explique pas la nécessité de l'acceptation du fonctionnaire, et on nie le rapport de causalité qui lie le régime de la fonction à la nomination.

La liberté de l'employé est donc exclue de toute collation de fonction faite par la puissance publique.

La capacité de contracter manque également à la puissance publique. La première condition pour passer un contrat est de jouir de la personnalité juridique. Or la puissance publique est-elle une personne ?

Beaucoup d'auteurs le soutiennent. Ce sont d'une part ceux de l'école historique allemande qui ont exalté l'Etat, dans leur désir de servir la cause de l'Empire allemand, souvenir du Saint-Empire romain germanique, et aujourd'hui

verbindungen, p. 259), appliquent également cette distinction au rapport qui s'établit entre l'Etat confédéré et l'Etat fédéral. Cf. pour la fonction publique : ZÖPFL adopte également l'accord de volonté préalable. (*Grundsätze*, 5^e éd, 1863, II, p. 787).

1. SEYDEL : *op. cit.*, II, p. 188-189.

2. SEYDEL : *op. cit.*, II, 186.

d'hui celle du pangermanisme ; ce sont d'autre part les auteurs français, qui veulent réagir contre l'individualisme excessif du début du siècle.

Les uns et les autres sont obligés d'accorder à l'Etat une double personnalité : à côté de la personnalité privée, qui lui donne la jouissance de droits privés identiques à ceux des particuliers, à laquelle ils rattachent tous les services de gestion domaniale, ils attribuent à l'Etat une personnalité de puissance publique à laquelle se rattachent les « droits de puissance publique » (1). En effet une personne seule peut être titulaire de droits, puisque c'est même « l'aptitude à être sujet de droits qui fait la personnalité » (2). Or, il y a, dit-on, des droits de puissance publique. Ces droits se reconnaissent à ce qu'ils entraînent des prérogatives qui dépassent celles dont usent les particuliers. Ce sont les droits réguliers repris peu à peu par la royauté sur les féodaux : guerre, justice, police, etc. ; ce sont aussi tous les droits qui correspondent aux opérations administratives générales dans lesquelles intervient la puissance publique et qui sont nécessitées par le fonctionnement des services publics en général : domaine public, impôt, expropriation, réquisition. S'il y a ainsi des droits de puissance publique, il y a nécessairement une personne qui en est titulaire, car il n'y a pas de droits sans sujet (3). Ce ne peut être un sujet de droit privé puisque ces prérogatives sont en dehors du droit commun : ce ne peut être, dit-on, que l'Etat puissance publique (4).

1. HAURIOU dans BEQUET : *v^o Droit administratif*, n^o 17.

2. M. LARNAUDE, à son cours.

3. Nous discuterons cette opinion dans la *théorie générale de l'Etat* : II^e partie, ch. I.

4. Cf. MICHOD : *De la responsabilité de l'Etat pour les fautes de ses agents* (*Revue du droit public et de la science politique*, 1895, II, 2) ; HAURIOU : *Op. et loc. cit.*

Sans entamer ici la question de la personnalité de l'Etat que nous retrouverons dans notre seconde partie, nous n'en voulons retenir que cet argument fondamental que la puissance publique est titulaire de droits. Or les auteurs, même ceux qui comme M. Hauriou ont poussé le plus loin cette personnification, sont contraints de reconnaître qu'elle n'est pas absolue : « La puissance publique, dit M. Hauriou, n'est pas personnifiée tout entière, car elle a des degrés ; mais elle l'est en majeure partie, à l'exception de ses manifestations les plus hautes » (1). Ainsi la puissance publique n'est pas personnifiée, c'est-à-dire qu'elle n'est pas pour M. Hauriou, soumise au Droit, dans les actes de gouvernement et ne peut être condamnée aux dépens dans une instance.

Il est même des cas où en personnifiant la puissance publique on aboutit à des contradictions flagrantes. Ainsi un tribunal civil se déclare compétent pour juger d'un litige intéressant la puissance publique. Il le fait au nom de la puissance publique dont il est investi. Le préfet, au nom de la puissance publique dont il est l'organe, élève le conflit d'attributions. Cependant une personne devrait être liée par sa propre volonté et ne pas reprendre d'un côté ce qu'elle donne de l'autre. Le tribunal des conflits statue sur la compétence, au nom de la puissance publique ; il sera en contradiction soit avec le tribunal, soit avec le préfet ; la puissance publique n'est donc pas encore liée. Si on la personnifie pour la soumettre au droit, on voit qu'on n'y réussit pas. Dans le cas de conflit, en réalité, la puissance publique qui est en cause est autre que celle qui a élevé le conflit ou qui statue sur la compétence ; il n'y a pas là une seule et même personne, il y a des pouvoirs différents, des fonctionnaires distincts qui peuvent entrer en conflit sans que

1. HAURIOU : *op. et loc. cit.*, n° 29.

ce soit une personne juridique qui soit en contradiction avec elle-même. La souveraineté n'est pas un *droit* de l'Etat ; elle appartient à la nation, c'est-à-dire à l'ensemble des individus qui composent l'Etat ; elle n'est pas personnifiée dans l'unité synthétique de l'Etat, elle est exercée par des pouvoirs différents qui tiennent leurs prérogatives, non de l'Etat personne juridique, mais de la loi, expression de la volonté nationale.

Qu'on ne dise donc pas que la puissance publique est même partiellement personnifiée, car que deviendraient les prétendus droits de puissance publique qui n'auraient pas de titulaire ? Autant vaudrait, suivant l'allégorie de Brinz, accrocher son chapeau à un porte-manteau feint dans la muraille.

Faut-il ajouter encore un argument de texte ! Les lois parlant de personnes morales les désignent toujours sous le nom de personnes civiles (1). Ne semblent-elles pas indiquer par là que la notion de personnalité est de pur droit privé et par conséquent est absente du droit public ?

L'Etat n'est donc pas une personnalité à double face, comme le dit M. Michoud (2), il est, suivant l'antithèse de M. Ducrocq « à la fois *puissance publique* et *personne civile* » (3). Si la puissance publique n'est pas une personne elle est dans l'impossibilité juridique d'être partie à un contrat.

La troisième condition de tout contrat c'est d'avoir un objet licite. Or il est aisé de montrer qu'ici cet objet ferait défaut.

1. Loi 5 avril 1884, a. 111 ; loi 28 avril 1893, a. 71 ; loi 14 avril 1883, a. 8 ; loi 21 avril 1898, a. 2.

2. M. MICHOD : *l. c.*

3. DUCROCQ : *De la personnalité civile du Saint-Siège*. Dans la *Revue du droit public et de la science politique*, 1894, I, p. 47.

Qu'est-ce en effet que l'objet d'un contrat ? c'est l'obligation d'effectuer une certaine prestation, obligation qui correspond au droit de l'autre partie d'exiger cette prestation. Or, dans notre hypothèse, l'une des parties c'est l'Etat puissance publique, l'Etat souverain, c'est-à-dire celui dont le caractère essentiel est d'avoir le droit de commander aux citoyens (1), qui a un pouvoir de coercition supérieur à tous les autres (2) et une volonté qui ne peut être obligée que par elle-même. L'obligation de la puissance publique ne dure donc qu'autant que persiste sa volonté ; si elle obéit à sa propre décision, c'est volontairement et non en vue d'une obligation juridique qui lui est imposée par une puissance étrangère : « La souveraineté, dit Jellinek, est la qualité d'un Etat en vertu de laquelle il ne peut être obligé que par sa propre volonté (3) ».

Mais il ne faut pas prendre cette thèse au sens absolu comme l'a fait Rousseau. Celui-ci pense que la souveraineté est illimitée (4). Des auteurs modernes, comme Rosin (5),

1. BODIN : *De la République*, I, 1 ; AUSTIN : *Lectures on jurisprudence*, I, p. 259 et s ; BOREL : *La souveraineté et l'Etat fédératif*, p. 47 ; JELLINEK : *Staatenverbindungen*, p. 31 : « L'Etat apparaît comme émettant des ordres absolument obligatoires qui dans leur ensemble posent les règles juridiques des individus entre eux et avec l'Etat lui-même. *Imperare* est l'exercice des fonctions de l'Etat en ce qui concerne les sujets. »

2. GROTIUS : *Du droit de la guerre et de la paix*, liv. I, ch. III : « La puissance souveraine est celle dont les actes sont indépendants de tout autre pouvoir supérieur en sorte qu'ils ne peuvent être annulés par aucune autre volonté humaine. »

3. JELLINEK : *op. cit.*, p. 34 ; HOBBS : *De cive*, ch. II : « L'Etat ne peut pas s'obliger lui-même ni envers aucun particulier. » ROUSSEAU : « Il est contre la nature du corps politique que le souverain s'impose une loi qu'il ne puisse enfreindre. » *Contrat social*, liv. I, ch. VII.

4. ROUSSEAU : *Contrat social*, liv. III, ch. XVI : « La limiter c'est la détruire. »

5. ROSIN : *Souveraenetaet*, p. 5 et s.

Borel (1), attribuent une puissance absolue et sans bornes à l'Etat, libre de fixer sa compétence, comme disent les Allemands, c'est-à-dire de se mettre au-dessus du droit. L'Etat devient le créateur du droit, qui n'existe qu'en tant qu'il est la volonté de l'Etat. Or cette solution est manifestement fausse. Rousseau lui-même conçoit des limitations à la souveraineté qui n'a que le pouvoir de faire des lois, c'est-à-dire des actes de volonté générale, mais ne peut faire des actes particuliers (2); Jellinek admet que dans la forme la volonté de l'Etat peut se heurter à des obstacles (3). « L'Etat, dit Bluntschli, est lui-même limité à l'extérieur par les droits des autres Etats et à l'intérieur par sa propre nature et par les droits de ses membres, des individus qui le composent » (4). Or il est certain que ces individus ont des droits qu'ils ne tiennent pas de l'Etat et qu'ils peuvent même opposer à la puissance publique : les intérêts qu'ils ont au respect de la loi sont juridiquement protégés par des actions, par des recours pour excès ou détournement de pouvoir, et le contrôle de la légalité par la jurisprudence administrative a fait maintes fois, nous le verrons, reconnaître des droits acquis au fonctionnaire contre l'Etat, puissance publique. C'est qu'en effet le droit n'est pas l'œuvre de l'Etat, il est, dit Hœnel (5), le principe nécessaire de l'organisation de la société humaine » ; il préexiste à l'Etat, et précisément l'Etat n'a été institué que pour faire régner le droit (*Rechtstaat*), notion transcendante.

Mais l'Etat peut ou non remplir son devoir, il peut fixer

1. BOREL : *La souveraineté et l'Etat fédératif*, Berne, 1886, p. 31-46.

2. ROUSSEAU : *l. c.*

3. JELLINEK : *Staatenverbindungen* p. 33.

4. BLUNTSCHLI : *Die Lehre vom modernen Staat*, I, p. 653.

5. HAENEL : *Deutsches Staatsrecht*, I, § 16, p. 114.

ou ne pas fixer le droit dans des règles positives (1) et sous ce rapport il est pleinement souverain ; la puissance publique dans le domaine du droit qu'elle établit positivement est encore souveraine en ce sens qu'elle peut ou non contraindre au respect de la loi. Elle ne peut se donner de supérieur ou même d'égal ; elle ne peut obéir à une autre loi qu'à la sienne, et par suite ne peut se lier dans les liens d'un contrat parce qu'alors elle cesserait d'être suprême, obéissant à la loi du contrat qui ne serait pas seulement la sienne.

D'autre part, si la puissance publique se soumettait à une loi qu'elle n'a pas elle-même fixée, en passant un contrat dans lequel interviendrait une volonté étrangère avec des droits égaux à la sienne, il n'y aurait pas toujours création de droits. Il n'y a pas de droit général à l'application de la loi ; il faut un intérêt personnel et direct à cette application pour la réclamer en justice. C'est ainsi que le possesseur de blé ne peut contraindre le douanier à percevoir la taxe d'entrée sur les blés étrangers. Quand la partie qui sera entrée en relation avec l'Etat n'aura pas une action directe contre la puissance publique, il n'y aura pas de droits, parce que seuls les intérêts juridiquement protégés par une action à la disposition du sujet, sont des droits, et une convention qui ne crée pas des droits n'est pas un contrat. Or il en est généralement ainsi, car dit Von Rönne « la voie de droit (*der Rechtsweg*) n'est pas ouverte contre l'Etat puissance publique » (2).

Dans les prétendus contrats de droit public, il n'y a donc ni libre consentement de la part du citoyen, ni capacité de contracter de la part de la Puissance publique, ni objet du contrat, c'est-à-dire création d'obligations de l'Etat.

5. HAENEL : *l. c.*, I, p. 117.

1. VON RÖNNE : *Das Staatsrecht der Preussischen Monarchie*, 4^e éd. Berlin, 1883 t. III, p. 485.

Examinons donc cependant les exemples proposés soit par les auteurs allemands, soit par les auteurs français, avant d'étudier la fonction publique elle-même.

Nous avons vu qu'on a classé sous la rubrique de contrats de droit public la naturalisation, le mariage, l'adoption, l'expropriation, les traités internationaux, parce que ceux-ci touchent à l'intérêt général.

Or la naturalisation n'est pas un contrat. Quand un individu demande à un Etat de l'accepter en qualité de citoyen, l'Etat peut ou non lui conférer cette qualité ; s'il le fait, il ne prend aucun engagement spécial vis-à-vis du naturalisé en lui accordant cette faveur ; il n'a à son égard que les mêmes obligations qui lui incombent vis-à-vis des autres citoyens ; de même qu'entre ceux-ci et l'Etat il n'y a pas rapport contractuel, de même un rapport de cette nature ne saurait s'établir entre le naturalisé et l'Etat : la naturalisation n'est qu'un acte qui participe de la nature de la loi, un acte de souveraineté.

Le mariage ou l'adoption règlent différentes situations entre les membres d'une famille. On peut en faire un contrat de droit privé, si l'on envisage les obligations personnelles et réciproques de droit privé qui en naissent (1). Mais, malgré que dans les conditions du mariage et de l'adoption intervienne fréquemment la notion d'ordre public, la morale ou l'intérêt social qui ont dicté ces règles trouvent leur sanction dans la compétence des tribunaux judiciaires. Pour nous, au contraire, nous pensons qu'il n'y a même pas de contrat dans le mariage (2). Nos anciens légistes ont inventé la théorie du contrat civil afin de

1. DEMANTE ET COLMET DE SANTERRE : *Cours analytique de Code civil*, 2^e éd. t. I, n^o 204 ; BOISTEL : *Cours de philosophie du droit*, t. II, 73-76.

2. LEFEBVRE : *Leçon d'Introduction à l'histoire du droit matrimonial français*, p. 36.

soustraire cette relation de personnes au droit canonique qui réglait le sacrement. Mais les Romains n'ont jamais considéré le mariage comme un contrat ; en effet le résultat de cet accord, comme celui de l'adoption, n'est pas du tout la création d'obligations juridiques mais seulement un état de fait : union naturelle ou paternité ; ce ne sont pas là des objets qui peuvent être matière de droit. Sans doute le mariage et l'adoption créent des devoirs, mais ce sont plutôt des devoirs moraux que des obligations juridiques ; et de même qu'il n'y a pas contrat civil dans l'union libre ou entre le père et le fils légitime, de même malgré les effets juridiques qui y sont attachés, il n'y a pas rapport contractuel entre le mari et l'épouse, entre le père et le fils adoptif (1).

On ajoute que cependant la loi admet la résiliation du mariage comme celle du contrat. L'argument n'a aucune portée : s'il y avait contrat civil, il faudrait admettre la dissolution du mariage par mutuel dissentiment, ce qui n'existe pas.

On s'éloigne davantage encore du contrat quand on parle d'expropriation, car, dans ce cas, l'influence de la puissance publique agissant par ordre et contrainte est manifeste. Il n'y a pas consentement de l'exproprié ; même en cas de cession amiable, si le consentement existe il n'est pas libre ; il préfère cette cession parce qu'elle lui suscite moins d'ennuis que l'expropriation, mais peut-on parler de libre consentement quand la volonté n'a que le choix entre deux motifs qui lui déplaisent également.

Un traité international semble au contraire un contrat parfait et souvent même il porte le nom de convention. Mais une remarque qu'il importe de faire est celle-ci : les théories du droit international ne trouvent que rarement

(1) M. LARNAUDE : à son cours : le mariage est un état légal.

leur application en droit interne, et il serait possible d'admettre par fiction la personnification de la souveraineté internationale, sans cependant reconnaître celle de la souveraineté interne (1). Il doit même en être ainsi ; la souveraineté doit être personnifiée pour expliquer ses rapports avec la souveraineté des autres Etats ; mais cette fiction nécessaire reste une fiction, c'est-à-dire est soumise à une stricte interprétation ; comme son existence n'est pas indispensable pour expliquer les phénomènes juridiques du droit public interne, on ne doit pas l'admettre, et le progrès de droit consiste précisément à faire disparaître les fictions juridiques.

Elle doit ici être écartée d'autant plus scrupuleusement que les deux pouvoirs dont il s'agit sont totalement différents : l'un, en effet, ne s'exerce qu'en dehors des limites de l'Etat, l'autre au contraire expire à la frontière. Or, la personnalité juridique est essentiellement internationale. La personnalité civile de l'Etat peut se manifester en dehors du territoire de l'Etat ; les personnes concrètes comme les personnes abstraites peuvent passer la frontière. C'est ainsi qu'en France des personnes civiles comme l'Etat anglais, les Etats autrichien, russe, allemand possèdent l'hôtel de leurs ambassadeurs, et la Russie est également propriétaire à Paris de l'Eglise de la rue Daru (2).

1. BERTHELEMY : *Droit administratif* p. 55, note 1.

2. En ce sens : DUCROCQ : *De la personnalité en France du Saint-Siège* (1894) et *Droit administratif* (6^e édit, II, n^o 1600) ; MERLIN : *Répertoire de jurisprudence*, v^o *Gens de main-morte*, § VII. n^o 1 et 2 ; LAINÉ : *Des personnes morales en droit international privé*. (Clunet, t. XX, 1893, p. 295) ; RENAUULT : dans le *Journal de droit international privé*, 1875, p. 428 et 1893, p. 1123 ; WEISS : *Traité de droit international privé*, 2^e éd., p. 695 et *Pandectes françaises*. 1893, I, 17 ; VINCENT et PENAUD : *Dict. de droit international privé* : v. *Testament*, n^o 93 ; BEAUCHET : *Pandectes françaises*, 1888, 2, 152 ; ARTHUR

Au contraire, la puissance publique expire à la frontière et cesse d'exister en dehors du territoire de l'Etat, ce qui est difficile à concilier avec la théorie actuelle de la personnalité.

Si nous examinons maintenant les exemples proposés par les auteurs français comme contrats de droit public, nous sommes encore amenés à reconnaître que le caractère contractuel leur est attribué à tort : pas plus les concessions que les affectations administratives ne sont des contrats de droit public.

S'agit-il d'une concession sur le domaine public, c'est-à-dire d'une autorisation d'établissement sur une voie publique, de prise d'eau potable, d'emprunt de force motrice, d'occupation du rivage de la mer ? Il n'y a là qu'un acte de puissance publique ; il autorise avec des conditions résolutives, lesquelles ne sont pas des clauses de contrat, un usage du domaine public qui sans lui serait illégal. Le motif de cette autorisation est ce principe que la puissance publique n'existe pas dans l'intérêt de l'Etat mais dans celui de l'individu (1) ; il n'y a donc pas lieu de chercher à donner à l'individu des droits par la voie du contrat. La forme de cet acte est unilatérale : c'est un décret ou un arrêté. Le fond n'est pas davantage contractuel ; il n'y a aucun engagement de la part de l'Etat, sauf le respect des règles légales qu'il a posées. Ainsi l'acte de concession comme l'acte de retrait d'une mine à exploiter, bien qu'il constitue ou enlève un droit privé de propriété, est unilatéral, de puis-

DESJARDINS : V. le *Journal de droit international privé*, 1893, p. 1009 et s. ; *Contrà* : LAURENT : *Principes de droit civil*, t. I, n° 306, 310, 311.

1. « Cette idée, dit M. Jacquelin, suffit à elle seule pour expliquer les aisances de voirie et les autres droits résultant pour l'individu de l'utilisation du domaine public. (*Une conception d'ensemble*....., p. 8 en note).

sance publique pure (1) et les mines sont soumises à un régime exclusivement légal. Une concession de terre domaniale en Algérie ou aux colonies n'a pas un caractère différent : elle est gratuite ; l'Etat n'agit pas comme contractant, mais comme pouvoir politique, dans un but supérieur de colonisation : « Le concessionnaire, dit Laferrière, n'occupe les terres domaniales qu'en vertu d'un titre administratif qui lui impose certaines conditions d'exploitation et de résidence qu'il doit remplir sous peine de déchéance » (2). On n'y peut voir aucun élément d'un contrat, pas plus que le fait de résider sur le territoire d'un pays n'engendre un contrat entre l'habitant et l'Etat intéressé. Même si un contrat était possible il ne pourrait être réalisé par suite de ce fait que l'objet en serait le domaine public. Le domaine public est inaliénable et imprescriptible ; il ne peut faire l'objet d'un contrat. Il demeure sous un régime réglementaire de puissance publique : la preuve c'est que l'autorisation administrative fait disparaître les contraventions de grande voirie qui résulteraient d'une occupation non autorisée ; cette autorisation n'est pas un contrat, car un contrat ne saurait faire disparaître une contravention.

Les mêmes raisons s'appliquent à l'affectation administrative. M. Laferrière accorde un caractère contractuel aux affectations d'immeubles faites par l'Etat au profit d'un service public et à la charge d'un particulier ou d'un autre établissement public (3). M. Cazalens en fait également un contrat mais il pense que cet accord peut être administratif du côté de l'Etat et civil pour le particulier, sans dire si c'est là son opinion personnelle (4). Mais l'un et l'autre

1. LAFERRIÈRE : *op. cit.*, II, p. 567 et 571.

2. LAFERRIÈRE ; *op. cit.*, I, p. 607.

3. LAFERRIÈRE : *op. cit.*, p. 610.

4. CAZALENS dans ses conclusions de commissaire du gouvernement près le tribunal des Conflits, *l. c.*

reconnaissent qu'il n'y a pas de droit créé au profit de celui qui subit l'affectation (1). Il n'y a donc aucun engagement de l'Etat, et un acte qui ne crée pas une obligation réciproque n'est pas un contrat.

Ainsi de tous les exemples cités il ne s'en trouve pas un seul qui réponde à la donnée du contrat de droit public ; tous sont des actes de puissance publique purs et simples sans caractère contractuel.

La fonction publique serait-elle donc seule de son espèce ? M. Laferrière cite, ainsi que nous l'avons vu, deux cas où le caractère contractuel semble manifeste : l'engagement militaire et l'engagement décennal dans l'enseignement public.

L'engagement militaire a été considéré, en effet, comme contractuel (2) puisque l'Etat obtient ainsi ce qu'il ne peut imposer. Mais il n'est pas de puissance publique, car suivant l'expression de la Cour suprême cassant l'arrêt précité de la Cour de Dijon « l'administration y stipule comme simple partie contractante sans statuer ni disposer par voie de commandement, comme autorité publique » (3). M. Laferrière objecte que l'Etat fait à la fois deux actes, l'un de puissance publique, un *enrôlement*, l'autre de droit contractuel, et le premier serait même la cause de l'autre : « l'Etat ne contracte que parce qu'il enrôle ». Nous croyons plutôt que l'Etat contracte parce qu'il n'enrôle pas ; s'il obligeait l'engagé à le servir, il enrôlerait, il ferait un acte d'autorité et ne contracterait pas ; il préfère avoir un engagé qu'imposer le service à un recruté, car on sert mieux quand on sert volontairement. S'il avait un nombre suffisant d'engagés, l'Etat n'enrôlerait même jamais, il ne

1. LAFERRIÈRE : *op. et l. c.*

2. Dijon, 8 février 1878. *Grenier*.

3. Cass., 10 septembre 1878.

contraindrait personne au service militaire. Il y a donc une opposition bien nette entre l'engagement et le recrutement ; le second est un acte de puissance publique, le premier est un contrat.

Mais ce contrat est un contrat de droit privé. D'après l'article 62 de la loi militaire de 1889 ses règles de forme ne sont autres que celles des articles 34 à 44 du Code civil. Il est rédigé avec le concours de témoins sur des registres tenus en double et suivant les formes de rédaction prescrites pour les actes de l'état civil. Le contenu de ce contrat est une prestation de services particuliers ; la puissance publique n'est pas en jeu, sauf quand accidentellement l'armée prête son concours à la police, mais ce n'est pas là son but.

Si l'engagement militaire est ainsi un contrat de droit privé, à plus forte raison doit-on en dire autant du réengagement. Dans ce dernier cas, en effet, le citoyen qui le contracte n'est même pas du tout exposé à un enrôlement, du moins en temps de paix, et celui auquel il serait soumis en temps de guerre le placerait dans d'autres cadres que celui de l'armée active. L'acte de puissance publique qu'est le recrutement y est tout à fait étranger : on ne peut donc faire du réengagement qu'un contrat de droit privé.

La question ne se résout pas différemment pour l'engagement décennal dans l'enseignement public : le contrat ici est indiscutable puisqu'il n'y a pas d'autorité publique en jeu, et l'Etat ne vise que la gestion des intérêts intellectuels de la nation. Ce contrat est de droit privé car son objet est également de droit privé : c'est une gestion.

Les exemples de contrats de fonction publique cités par M. Laferrière ne s'appliquent pas à la thèse qu'il soutient. On peut généraliser ces cas et affirmer qu'en aucune circonstance la thèse du contrat de droit public ne peut s'appliquer à une fonction publique. Les arguments qui ex-

cluent la possibilité de semblables contrats, ceux qui nous ont empêché de les admettre pour l'engagement militaire ou décennal, peuvent s'appliquer aux différentes fonctions publiques.

Remarquons d'abord que la question ne se pose même pas pour certains agents qui n'ont évidemment qu'une situation de droit privé vis à vis de l'Etat. Nous l'avons en effet déjà constaté et démontré pour les ingénieurs, les employés des chemins de fer, des bureaux de l'administration qui n'ont, dans l'administration de l'Etat, d'autre situation que celle des ingénieurs ou employés d'une société privée. Le droit public n'est donc pas en jeu.

Mais il n'en est pas de même pour les fonctionnaires qui ont le droit de disposer de la puissance publique. En effet, l'exercice de l'autorité est, nous l'avons vu, essentiellement de droit public. C'est donc pour ceux-là qu'il faut démontrer que la situation du fonctionnaire n'est pas celle qui pourrait résulter d'un contrat de droit public.

D'abord il n'y a pas toujours de la part de l'Etat la libre volonté d'accepter tel citoyen comme fonctionnaire. Nous ne parlons pas, bien qu'on ait voulu se servir de cet argument, des cas très fréquents dans lesquels les concours imposent à l'Etat tel ou tel fonctionnaire. En effet, l'Etat s'est imposé à lui-même et dans son intérêt des règles d'admission aux fonctions publiques, auxquelles les candidats doivent satisfaire ; il obéit donc à sa propre volonté, il est libre. Nous ne voulons pas non plus attirer l'attention sur les garanties spéciales de certains fonctionnaires ou sur le droit général de tout fonctionnaire au respect de la loi à son égard ; ce sont bien des restrictions à la liberté de l'Etat, mais elles sont encore l'œuvre de sa volonté, et d'ailleurs elles pourraient constituer des clauses légales d'un accord contractuel. Mais nous mettons en avant les cas,

assez rares en France, nombreux en quelques pays où les fonctionnaires sont directement élus par le peuple ; tels sont en France : les juges aux tribunaux de commerce, les maires. Nous avons vu que le principe en avait été posé sous la Révolution, bien qu'en fait il ait reçu peu d'applications. Ces fonctionnaires sont alors si peu l'objet du choix de l'Etat que fréquemment ils sont élus à cause de leurs opinions politiques absolument opposées à celles du gouvernement et parfois au régime politique de l'Etat.

D'autre part, nous avons vu qu'il n'y avait pas capacité des parties puisque la puissance publique n'est pas une personne, et que même si elle est en une, elle agit par voie d'autorité et non par voie contractuelle.

Il n'y a pas non plus d'objet possible à un accord contractuel. Si l'on admet que l'objet du contrat est la chose effectivement livrée, c'est-à-dire, ici la prestation de services et les prérogatives de l'autorité conférés à l'agent, il ne peut y avoir contrat, puisque la puissance publique est hors du commerce, hors du domaine des contrats. Dit-on, au contraire, que le contrat a pour objet les obligations qu'il engendre entre les parties, c'est-à-dire les obligations de l'Etat envers le fonctionnaire et celles du fonctionnaire envers l'Etat ? Nous savons que d'une part l'Etat, puissance publique, n'a pas d'obligations juridiques en dehors de la loi ; il n'a pas d'obligations non pas seulement parce qu'il n'est pas une personne, mais parce qu'il est souverain et que la souveraineté ne peut être limitée autrement que par la loi. Le fonctionnaire ne peut donc avoir de droits contractuels contre lui : « Si l'on donne, dit Vivien, le nom de droits à des prérogatives qui pourraient s'exercer aux dépens de l'intérêt public, les fonctionnaires n'en ont point » (1). Même le traitement n'est pas un droit absolu

1. VIVIEN : *Etudes administratives*, 3^e éd., 1859, p. 260.

pour le fonctionnaire : il n'est acquis que pour les services rendus et conformément à la loi : « Le traitement, dit M. Hauriou, promis au moment de l'acceptation des fonctions et qui, s'il y avait un contrat, en serait l'une des bases, peut être impunément réduit par des dispositions réglementaires postérieures, parce que le fonctionnaire n'est pas considéré comme y ayant un droit acquis » (1). La jurisprudence du Conseil d'Etat est sur ce point d'accord avec la doctrine (2). Le poste, l'emploi ne sont pas des droits qui ont une source autre que la loi : « le fonctionnaire peut être déplacé ou révoqué d'une façon intempestive ou arbitraire sans avoir droit à aucune indemnité » (3). Or, on sait que dans un contrat les obligations d'une des parties ont pour cause immédiate et directe les obligations de l'autre partie. Si donc ici l'Etat n'est pas lié, n'a pas d'obligations contractuelles, le fonctionnaire n'est pas davantage soumis à des obligations ; celles-ci ne trouvant pas de contre-partie dans celles de l'Etat deviennent des obligations contractuelles sans cause qui, par conséquent, tombent d'elles-mêmes ; il n'y a donc logiquement obligation contractuelle ni d'un côté ni de l'autre ; il n'y a plus d'objet du contrat ; il n'y a pas du tout de contrat.

En supposant par impossible qu'il existât des contrats de droit public, quand la fonction publique se présente sous la forme contractuelle, elle ne peut entrer dans cette catégorie de contrats.

1. HAURIOU : *Précis*, p. 686.

2. Conseil d'Etat, 16 décembre 1881 : il s'agissait de la suppression d'un traitement de non-activité au détriment d'un fonctionnaire du département des affaires étrangères.

3. HAURIOU : *Précis*, p. 686-687, Cf. Conseil d'Etat, 13 décembre 1889. *Cadot*, S., 92. 3. 17 ; 28 mars 1890. *Drancey*, S., 92. 3. 65 ; 29 avril 1892. *Wotting*, S., 94. 3. 33.

Dans quels cas en effet entre-t-on dans le domaine du droit public ?

Deux séries de criterium sont proposés pour distinguer le droit public du droit privé ; les uns ont trait à la qualité du sujet du droit, les autres à la nature de l'objet du droit.

Les auteurs qui défendent les premiers pensent qu'on entre dans le domaine du droit public, les uns quand l'Etat est sujet du droit, les autres quand l'Etat met en mouvement la sanction du droit.

Or ce n'est pas ce fait que l'Etat est titulaire d'un droit qui transporte cette prérogative dans le cercle du droit public. En effet, l'individu a des droits publics : l'électorat en est un des types les plus purs. Cependant il est du domaine du droit public. Inversement, l'Etat a un droit de propriété sur son domaine privé : il a un droit privé.

Ce n'est pas davantage la qualité de la personne aux mains de laquelle est la sanction du droit ou au moins la mise en œuvre de cette sanction. En effet l'Etat poursuit fréquemment d'office en matière de droit privé : le ministère public, sans plainte aucune, peut demander la nullité d'un mariage. Inversement l'individu peut mettre en mouvement une action qui sanctionne au droit public, celui de vote par exemple.

D'autres auteurs pensent que le criterium du droit public est dans la nature de l'objet du droit.

Dans une première opinion on dit que quand l'objet du droit est une obligation légale qui s'impose aux particuliers et qui ne peut être modifiée par eux, on est dans le droit public.

Mais ce critérium est beaucoup trop large : toutes les règles légales relatives aux conditions du mariage, de l'adoption, des contrats, du régime des biens, de la fonction publique feraient partie du droit public. Or personne n'ose

aller jusque-là. Est-ce que la filiation n'est pas le type des situations légales qui s'imposent à l'individu ? elle est cependant de droit privé.

Dans une seconde opinion (1) on adopte la vieille règle d'Ulpien : « *Publicum jus est quod ad statum rei Romanæ spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet* ; » il y a droit public toutes les fois que l'objet se rattache à la vie de l'Etat ; il y a droit privé dès que cela ne touche qu'une utilité individuelle.

Mais il y a différentes manières d'entendre ce criterium.

Les Allemands l'entendent généralement en ce sens que le droit public comprend tous les actes touchant à l'intérêt général auquel doit veiller l'Etat qui est la cause de son existence, le but de son action (2). Mais cette large compréhension nous conduirait à classer toutes les opérations de gestion accomplies par l'Etat, personne civile, dans l'administration de son domaine privé, dans la catégorie des actes de droit public. Ils ont en effet un intérêt général : en définitive, les produits du domaine privé entrent dans le budget et allègent d'autant les impositions des contribuables. On pourrait même en dire autant des actes des compagnies privées fermières d'un service public tel que la fourniture du gaz, de l'eau, des transports par chemin de fer. Cependant tous ces actes sont de droit privé.

On ne peut pas dire avec M. Cazalens (3) qu'une convention est de droit public parce qu'elle est faite en vue d'un service public ; le moindre acte de l'Etat, ou de la commune, fût-ce l'achat d'une boîte de plumes ou d'une main

1. M. LARNAUDE : à son cours.

2. RHEM : *Die rechtliche Natur des Staatsdienstes*, p. 145 ets.
SEYDEL : *op. cit.*, II, p. 184-185.

3. *l. c.*

de papier pour les bureaux d'un ministère ou d'une mairie deviendrait de droit public (1).

Il faut restreindre les actes de droit public à ceux qui touchent réellement à la vie essentielle de l'Etat, sans lesquels l'Etat ne pourrait pas exister, c'est-à-dire aux actes de puissance publique. Nous dirons qu'il y a droit public quand l'objet de l'acte juridique touche à l'exercice de la puissance publique. D'autre part, comme seule la puissance publique peut déléguer ses prérogatives, la distinction du sujet et de l'objet n'a plus de raison d'être : c'est la puissance publique qui est à la fois le sujet et l'objet du droit public. Nous réunissons ainsi les deux criterium qui distinguaient le droit public du droit privé, l'une d'après la nature du sujet, l'autre d'après la nature de l'objet.

Au droit privé appartiennent toutes les relations qui peuvent naître entre les individus et les personnes morales concrètes ou abstraites ; du droit public font partie tous les rapports qui ne s'établissent pas entre des personnes sur pied d'égalité, mais qui lient la puissance publique avec les individus.

Or quand un fonctionnaire a la gestion d'intérêts généraux, quand il effectue cette gestion sans le secours de prérogatives de puissance publique, quand il ne diffère en rien de l'agent d'une compagnie, de l'employé d'une société qui assurément n'ont pas à leur disposition l'autorité publique, il est bien certain qu'entre lui et l'Etat il y a une relation de droit privé.

Nous avons vu que précisément c'est dans ce cas d'où la puissance publique était absente qu'il y avait contrat.

Donc quand la fonction publique est un contrat, c'est un

1. GAUTIER : *Examen doctrinal de la jurisprudence administrative* (Revue critique, 1882, p. 23).

contrat de droit privé, et ce n'est pas un contrat de droit public.

La jurisprudence n'a pas du tout, comme on l'a dit à tort (1), sanctionné la théorie du contrat de droit public. Elle admet qu'il peut y avoir parfois droit privé, mais elle en restreint l'application aux emplois tout à fait inférieurs des administrations et aux cas dans lesquels une convention est expressément débattue et passée par l'administration par exemple en vue d'une mission temporaire (2). En dehors de cette convention expresse le Conseil d'Etat repousse l'idée d'un contrat administratif, et tous ses arrêts portent cet attendu : « ... Le sieur N... ne justifie d'aucune convention qui serait intervenue entre lui et l'administration... » (3) « Le Conseil d'Etat, dit M. Hauriou, se refuse ainsi à analyser la situation du fonctionnaire qui n'a pas fait de convention particulière en une situation contractuelle (4) ». En effet si la situation du fonctionnaire était contractuelle le recours qui lui est donné contre sa révocation intempestive aurait le même caractère : ce serait un recours contentieux de pleine juridiction. Or le fonctionnaire révoqué n'a que le recours qui appartient à tout citoyen étranger à l'administration et lésé par un acte de puissance publique : il ne peut intenter qu'un recours pour excès de pouvoir : « Considérant, dit un arrêt, que le préfet de police a révoqué le sieur Schwalbach de ses fonctions de gardien de la paix pour refus de service.... que le requé-

1. *Revue générale d'administration*, 1899 : Compte-rendu de la thèse de M. Kammerer sur *la fonction publique en Allemagne*.

2. HAURIOU : Note. S. 94, 3, 33. Cf. LAFERRIÈRE : *op. cit.*, I, 619.

3. Conseil d'Etat, 11 juillet 1894 : « Attendu que le sieur Nil ne justifie d'aucune convention qui serait intervenue entre lui et la ville de Pont-à-Mousson... ». S. 96, 3, 108. Cf. Conseil d'Etat 13 décembre 1889. *Cadot* : S. 92, 3, 17; 29 avril 1892. S. 94, 3, 33, note Hauriou.

4. HAURIOU : note S. 94, 3, 33.

rant n'invoque contre la décision attaquée ni *vice de forme*, ni *incompétence*, que, d'autre part, l'appréciation des motifs sur lesquels cette décision est fondée n'est pas susceptible d'être soumise au Conseil d'Etat par la voie contentieuse et que dès lors la requête n'est pas recevable..... (1) » Le Conseil d'Etat écartant le contentieux de pleine juridiction pour ne se préoccuper que de la question de forme, de légalité, garantie par l'excès de pouvoir, rejette par là même la théorie contractuelle (2).

La jurisprudence civile après avoir longtemps résisté aux décisions du tribunal des conflits a fini par adopter la solution et les motifs du conseil d'Etat (3).

L'idée d'un rapport contractuel de fonction publique est donc définitivement écartée, dès qu'il s'agit de fonctions comportant des prérogatives de puissance publique. Elle n'est d'ailleurs plus en harmonie avec la notion moderne de l'Etat (4). Des contrats de puissance publique ont pu être passés par des rois souverains parce qu'au moyen âge les conditions du contrat pouvaient être réalisées. Il pouvait y avoir un *sujet* du contrat, le souverain personnifiant lui-même la puissance publique qu'il incarne ; il y avait un *objet*, car considérant le royaume comme leur patrimoine et la souveraineté comme leur propriété, les princes la faisaient entrer dans le commerce. Enfin cette souveraineté était parfois considérée comme issue de Dieu, un contrat de puissance publique était soumis à une loi supérieure, à la loi

1. Conseil d'Etat, 25 novembre 1892. S. 94, 3, 30.

2. Conseil d'Etat 27 janvier 1893. S. 94, 3, 128.

3. Ainsi la plupart des arrêts sur la révocation des fonctionnaires portent : « Attendu qu'il (l'agent) ne justifie nullement avoir passé avec l'Etat un contrat pour l'exécution d'un travail déterminé. » Tunis, 9 avril 1894. *Revue Algérienne*, 1894, p. 373.

4. LEFUR : *Etat fédéral et Confédération d'Etats*, Paris, 1896, p. 462, en note.

divine, qui était censée sanctionner l'engagement pris par le roi souverain. Toutes les conditions du contrat se trouvaient ainsi en fait réunies, et c'est à des contrats de cette nature qu'est dû l'avènement du régime féodal.

Mais dans le droit moderne, les caractères de la puissance publique sont tout différents : nationale, la puissance publique appartient à tous et n'est à personne en propre ; inaliénable, elle ne peut être cédée ; souveraine, elle ne peut contracter parce que d'une part le contrat suppose une certaine égalité de droit entre les contractants et il y a entre l'Etat et le sujet des rapports de subordination (1), et parce que, d'autre part, elle ne peut se soumettre à la loi d'un contrat (2), sans renoncer partiellement à sa souveraineté. « Il n'y a, disait Rousseau, qu'un contrat de l'Etat, c'est celui de l'association, celui-là seul en exclut tout autre. On ne saurait imaginer un contrat public qui ne fut une violation du premier » (3).

SECTION II

Systèmes de l'acte unilatéral de puissance publique et du régime légal unilatéral.

Le lien qui unit le fonctionnaire à l'Etat n'est pas contractuel, avons-nous dit, parce qu'il y a des fonctionnaires qui tiennent leur pouvoir de la puissance publique et que celle-ci ne contracte pas mais fait des actes d'autorité, impose des *ultimatum*, suivant l'expression de Saint-

1. JELLINEK : *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, p. 141-142.

2. Nous verrons plus loin comment un rapport de puissance ne peut être engendré par un contrat. Voir : LIEBE : *Staatsrechtliche Studien*, p. 17 ; HAENEL : *Deutsches Staatsrecht*, I, p. 35.

3. ROUSSEAU : *Cotrat social*, liv. III, ch. XVI.

Girons (1). Ses actes sont donc unilatéraux. Nous arrivons ainsi aux théories qui font de la nomination à une fonction publique, un acte unilatéral de puissance et du rapport qui unit le fonctionnaire à l'Etat un rapport légal qui n'a rien de contractuel dans son origine ou dans ses manifestations.

Cette théorie a été exposée en France principalement par MM. Larnaude (2), Hauriou (3) et de nombreux arrêts de jurisprudence (4).

En Allemagne elle a été en grande faveur durant la seconde moitié du XIX^e siècle. Après Seuffert (5) qui y introduit cependant un élément contractuel, et Gönner (6) qui plus logique ne voit dans l'établissement de la fonction qu'un acte de puissance publique pure et obligatoire pour le citoyen, elle a été nécessairement adoptée par Zöpfl (7), Heffter (8), Heinrich Albert Zacchariæ (9), Pözl (10), Grotenfend (11) et par la plupart des auteurs les plus éminents

1. SAINT-GIRONS : *Droit constitutionnel*, 1885, p. 21.

2. LARNAUDE : *Cours de droit public général* professé à la Faculté de Paris, 1894-1895.

3. HAURIOU : *Précis de droit public et administratif*, éd. 1897, p. 327, 630, 687-688 et notes dans S. 92, 3, 17; 92, 3, 65; 94, 3, 33; 99, 3, 106.

4. Voir les arrêts cités plus loin.

5. SEUFFERT : *Von den Verhältnisse des Staats und der Diener des Staats gegeneinander im rechtlichen und politischen Versande*. Würzburg, 1793.

6. GÖNNER : *Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkte des Rechts und der Nationalökonomie*, Landshut, 1808.

7. ZÖPFL : *Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts*. 5^e édit. 1863, II, p. 786 et s.

8. HEFFTER : *Beiträge zum deutschen Staats und Fürstenrecht*, Berlin, 1829, p. 126.

9. H. A. ZACCHARIÆ : *Das Deutsche Staats-und Bundesrecht* Göttingen, 3^e éd. 1865, II, p. 27-28.

10. PÖZL : *Baierisches Verfassungsrecht*, 5^e éd., 1877, p. 470.

11. GROTEFEND : *Deutsches Staatsrecht*, Berlin 1869. p. 696.

du droit public allemand : Bluntschli (1), Gerber (2), Stein (3), Meyer (4), Rönne (5), Zorn (6). Mais si tous ces auteurs sont d'accord pour faire de la nomination un acte unilatéral, ils se divisent dès qu'il s'agit de déterminer la nature du rapport engendré par la nomination. En effet, même en laissant de côté ceux qui font du rapport un lien mixte de droit privé et public à la fois (7), en ne considérant que les auteurs qui ne soutiennent qu'une théorie de droit public pur, on s'aperçoit qu'ils envisagent la fonction tantôt comme un droit réel (8), tantôt comme un droit personnel, lequel peut être soumis à un régime de contrainte légale (9) ou à un régime légal spécial (10).

Nous étudierons donc d'abord la partie commune à toutes ces théories, à savoir le caractère d'acte unilatéral de puissance publique donné à la collation d'une fonction ; puis nous exposerons successivement les différentes opinions émises sur la nature du rapport qu'elle engendre.

1. BLUNTSCHLI : *Allgemeine Staatslehre*, 5^e éd., Stuttgart 1875, I, p. 603.

2. GERBER : *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, 3^e éd. Leipzig 1880, p. 116 et 117.

3. STEIN : *Verwaltungslehre*, 3^e éd. Stuttgart, 1887, p. 59.

4. G. MEYER : *Deutsches Staatsrecht*, 4^e éd. 1895, p. 437.

5. RÖNNE : *Staatsrecht der Preussischen Monarchie*, 4^e éd., Leipzig. 1883, III. p. 406 ; *Deutsches Staatsrecht*, 2^e éd., Leipzig, 1876, I, p. 344.

6. ZORN ; *Staatsrecht des deutschen Reiches*, 2^e éd., 1805, p 304-305.

7. H. A. ZACCHARIÆ : *op. et loc. cit.*

8. HAURIUO : *op. et loc. cit.*

9. GÖNNER, HEFFTER : *op. et loc. cit.*

10. M. LARNAUDE, à son cours.

I. *La nomination à une fonction publique est un acte unilatéral de l'Etat.*

« Le service public, dit H. A. Zacchariæ, le rapport légal de fonction publique est créé comme tout rapport public dans un Etat par un acte de volonté unilatéral de puissance publique » (1). Qu'on en fasse un acte législatif, une *lex specialis* avec Malacord (2) et Zacchariæ (3), ou qu'on repousse cette conception avec Bluntschli parce que l'acte n'émane pas du corps législatif (4), pour en faire avec Zöpfl un « décret d'utilité publique » (5), le décret de nomination apparaît essentiellement « dans la forme et dans l'objet comme un acte unilatéral de la puissance publique (6) » « comme une concession unilatérale de la puissance souveraine ou de ses ministres » (7).

Il est dans la forme un acte de puissance publique, un ordre de l'autorité. Il est soumis aux conditions formelles de validité des actes d'autorité (8). Il porte en visales textes législatifs ou réglementaires en vertu desquels il est rendu. C'est « en vertu de la loi » qu'il nomme ou révoque les fonctionnaires ; c'est l'art. 3 de la Constitution du 25-28 février 1875 qu'invoque le président de la République, c'est l'art. 88 de la loi municipale de 1884 que vise le maire quand ils confèrent ou retirent une fonction publi-

1. H. A. ZACCHARIÆ : *op. cit.* II, p. 27.

2. MALACORD : *De publicis officiis*, p. 4-5.

3. H. A. ZACCHARIÆ : *op. cit.*, p. 28.

4. BLUNTSCHLI ; *Theorie générale de l'Etat*, trad. Riedmatten, 1877, p. 455.

5. ZÖPFL : *op. cit.* II, p. 786.

6. BLUNTSCHLI : *Théorie générale de l'Etat*, p. 454.

7. GIORGI : *La dottrina*, I, n° 164.

8. ZORN : *op. cit.*, I, p. 307 ; HAURIU : note S, 94. 3, 33.

que. Le décret participe ainsi au caractère formel unilatéral de la loi.

M. Brémont fait cette objection : en considérant « comme un argument cette circonstance que la nomination est une œuvre unilatérale du maire (1) qui y procède par un arrêté auquel l'employé ne prend aucune part, l'observation est incomplète puisqu'elle oublie de tenir compte de l'acceptation de l'employé qui est cependant indispensable » (2). C'est oublier que la nomination à la fonction est parfaite avant même que l'acceptation du fonctionnaire se soit produite, comme nous l'avons déjà montré. « L'acceptation du fonctionnaire, dit Giorgi, ne se demande pas pour rendre parfait l'acte de nomination ; dès que celui-ci est rendu dans la forme constitutionnelle il est pleinement valable en son entier » (3). L'acceptation n'est utile que pour la mise en œuvre de la fonction, « elle ne sert, dit Giorgi, qu'à en assurer l'exécution puisque si l'employé n'accepte pas l'emploi qui n'est pas obligatoire, la nomination reste sans effet » (4). D'ailleurs, ainsi que le montre M. Larnaude, de la coexistence de deux consentements, on ne peut en conclure à la formation d'un contrat, c'est ainsi que le mariage, l'adoption, la naturalisation supposent bien l'accord de volontés de deux parties, et nous avons vu que ces actes juridiques n'étaient pas des contrats (5).

La nomination revêt la forme d'un acte de puissance publique : elle est également identique quant au fond, ajoute-t-on. L'objet de la nomination, c'est la collation de

1. Il s'agissait d'un employé communal.

2. BRÉMONT : *Examen doctrinal de la jurisprudence administrative* (Revue critique, 1891, p. 132).

3. GIORGI : *La dottrina...* I, n° 164.

4. GIORGI : *op. et loc. cit.*

5. LARNAUDE : *Cours de droit public général* (1894-1895).

prérogatives spéciales de puissance publique : elle n'a donc pas d'autres effets que la loi et par suite participe à son caractère unilatéral.

Aussi tous les auteurs que nous avons cités sont-ils d'accord pour écarter la théorie contractuelle : l'insuffisance de la coexistence de deux consentements pour la création d'un rapport contractuel (1), le droit de l'Etat de contraindre au service public (2) comme il en use en fait vis-à-vis des jurés qui exercent une fonction publique identique à celle des juges de carrière, la liberté de démissionner sans s'exposer à des dommages-intérêts (3), doivent faire écarter; dit M. Larnaude, toute idée de contrat (4). La nomination est donc un acte unilatéral.

En nommant un fonctionnaire, l'Etat ne prend pas un serviteur vis-à-vis duquel il prend un engagement; il ne concède pas une chose à exploiter (5); il se donne un organe, il choisit quelqu'un pour remplir la fonction dévolue à cet organe (6). La nomination à une fonction n'a pas ainsi un autre caractère qu'un vote politique (7).

On dit que cette conception répond bien mieux aux besoins pour lesquels a été institué la fonction publique.

Celle-ci n'existe que dans l'intérêt de l'Etat et non dans celui du fonctionnaire. C'est donc l'avantage du premier et non celui du second qu'il faut rechercher dans cette insti-

1. Voir ci-dessus, ch. II, section I — *Critique* : 2^o.

2. Ci-dessus, Section II, II, 2^o, § 2. — M. LARNAUDE, *à son cours*.

3. Voir plus haut ch. I, Section II, II, § 3.

4. M. LARNAUDE : *Cours de droit public général* (1894-1895).

5. M. LARNAUDE : présente très nettement la fonction comme une *attribution* du rôle de l'Etat, non comme une *chose* ou un *droit* de l'Etat (*Revue du droit public et de la science politique*, 1694. I : *Notre programme*, p. 3).

6. M. LARNAUDE : *à son cours*.

7. ESMEIN : *Droit constitutionnel*, p. 193 et s., 2^e édit.

tution. Or il est certain qu'avec la thèse de l'acte unilatéral, la situation de l'Etat est bien préférable à celle dont il jouit dans la théorie contractuelle puisqu'il est armé de la puissance publique et qu'il a toute liberté pour révoquer ses agents. L'avantage est d'autant plus considérable qu'il échappe à toute discussion : « La nomination, la révocation ou la destitution des fonctionnaires sont des actes de la puissance publique qui en vertu du principe de la séparation des pouvoirs échappent à la compétence judiciaire (1) et même au contentieux de réformation de la jurisprudence administrative.

Enfin cette théorie rétablit entre le fonctionnaire et l'Etat l'égalité de fait que viole la théorie contractuelle. En effet le fonctionnaire peut généralement se passer de l'Etat et employer ses services dans d'autres administrations privées; l'Etat au contraire ne peut se passer de fonctionnaires; il se trouve donc vis-à-vis de son agent dans un état d'infériorité manifeste quand la loi donne à l'un et à l'autre les mêmes prérogatives. Si au contraire, dans la relation de fonction publique, on donne à l'Etat des droits plus puissant que ceux dont est investi le fonctionnaire, on rétablit en droit l'égalité qui était violée en fait. C'est ce qui arrive dans la conception actuellement examinée dans laquelle le fonctionnaire n'a pas de droits, en dehors des lois spéciales à moins qu'on ne dise qu'il a un droit général à la légalité.

La pratique administrative sanctionnée par la jurisprudence a consacré la théorie de l'acte unilatéral dans la plupart des cas. Toutes les fois qu'il n'y a pas de convention expresse entre l'établissement public et son agent, la

1. BLOCK : *Dictionnaire de l'administration française*, v^o *fonctionnaire*.

collation de la fonction par décret du président de la République, par arrêté du ministre, du préfet ou du maire est considérée comme un acte unilatéral. Et cet acte quels que soient les droits qu'il viole est valable s'il est également rendu. Le Conseil d'Etat se borne à constater que « le maire n'a fait qu'un acte rentrant dans ses attributions » (1).

Même quand la fonction publique est donnée au concours, il n'y a pas pour l'Etat d'obligation à nommer le candidat qui a subi les épreuves avec succès : la nomination n'est pas liée au concours (2). De même quand l'objet du concours est modifié dans la suite, quand le fonctionnaire voit modifier son traitement, il n'a aucun droit violé, le concours ne donne pas à la nomination le caractère contractuel. « Si la nomination, dit le Tribunal des conflits, a eu lieu à la suite d'un concours, à l'occasion duquel les conditions de traitement fixe et proportionnel proposées par la ville avaient été annoncées, il ne résulte pas de ces circonstances que l'acte de nomination ait perdu son caractère d'acte administratif et doive être considéré comme un contrat de louage de services appartenant au droit commun » (3).

1. *Conseil d'Etat*, 13 décembre 1889. S., 92. 3. 23, rendu à propos de la suppression de l'emploi d'architecte municipal. C'est l'arrêt fondamental en cette matière : en voici le texte complet : « Considérant que le maire a fait un acte rentrant dans les attributions qui lui appartenaient aux termes de l'a. 12 de la loi du 18 juillet 1867, que le sieur C. ne saurait se prévaloir de cette nomination pour prétendre qu'il avait le droit de conserver ses fonctions pendant un temps déterminé et qu'il ne justifie, ni même n'excipe, d'aucune convention qui serait intervenue à cet effet et en dehors de l'arrêt précité entre lui et la ville de Marseille ; que dans ces circonstances le maire en supprimant par son arrêté du 2 mars 1877 l'emploi occupé par le sieur C... n'a fait encore qu'un acte rentrant dans ses attributions et qui n'a pu ouvrir au requérant un droit à une indemnité.... ».

2. Voir ci-dessous II^e partie ch. II § 3.

3. CONFLITS : 7 août 1880, S., 82. 3. 11, *Le Goff* : Cf. Cass.

Des auteurs vont encore plus loin dans cet ordre d'idées : alors même qu'un contrat formel aurait accompagné la nomination et en constituerait en quelque sorte la condition, « cet élément accessoire n'entacherait nullement le caractère magistral du décret » (1).

Jusqu'en 1879 la jurisprudence civile hésitait à l'appliquer aux fonctionnaires qui n'avaient pas à leur disposition la puissance publique (2), réservant cette conception de l'acte unilatéral pour les fonctionnaires d'autorité.

Le Conseil d'Etat au contraire l'appliquait généralement non seulement aux fonctionnaires de la puissance publique (3), mais encore à tous ceux qui ont la gestion d'intérêts collectifs (4). Pour les fonctionnaires de cette dernière catégorie, la question fut portée devant le tribunal des conflits, à la suite de plusieurs arrêts de Cour d'appel (5), qui résistaient à la Cour de Cassation. Le tribunal des conflits adopta pour tous les fonctionnaires une solution unique, basée sur la jurisprudence du Conseil d'Etat (6). Dès lors le Conseil d'Etat confirma sa première jurisprudence (7) ; la

7 juillet 1880, S., 80. 1. 464 ; Conseil d'Etat, 28 février 1879, S., 80. 2. 278.

1. BLUNTSCHLI : *Théorie générale de l'Etat*, trad. Riedmatten, p. 455. Cf. Conflits, 22 avril 1882, D., 83.3. 94-95.

2. Lyon : 3 février 1872, S., 74. 2. 119 ; D., 73. 3. 34 ; Villefranche : 1^{er} février 1873, D., 73. 3. 96 ; Marseille : 2 août 1878, S., 79. 2. 78 ; Alais : 14 août 1878, S., 79. 2. 78.

3. Conseil d'Etat : 17 août 1825 : D. A., v^o *Compétence administrative*, n^o 14 ; 19 août 1837, D. A., *l. c.*

4. Conseil d'Etat : 28 février 1879, D., 79. 3. 68.

5. Aix, 8 août 1878, D. 79. 2. 161 et 10 décembre 1878, D., 79. 2. 162 ; Nîmes, 24 février 1879, D., 79. 2. 162-163.

6. Conflits : 27 décembre 1879, D., 80. 3. 89 et S., 81. 3. 36 ; 7 août 1880, D., 82. 3. 27, S., 82. 3. 11.

7. Conseil d'Etat, 12 janvier 1883, D., 84. 3. 75 ; — 14 décembre 1883, S., 85. 3. 65 ; 25 décembre 1892, S., 94. 3. 30 et D., 94. 3. 8 ; 13 décembre 1889, S., 92. 3. 17 ; 28 mars 1890, S. 92. 3. 65 ;

Cour de Cassation finit par s'incliner devant elle (1) et les autres tribunaux ont suivi la Cour suprême (2). Les fonction-

29 avril 1892, S., 94. 3. 33 ; 6 mai 1892 : *La loi* du 25 juin 1892 ; 27 janvier 1893, S., 94. 3. 118, etc.

1. Civil rejet, 7 juillet 1880, D., 80. 1. 168, S., 80. 1. 464.

2. Limoges, 25 juin 1888, S., 88. 2. 186 ; Tunis, 9 avril 1894. *Revue algérienne*, 1894, p. 373 : Ce dernier jugement est l'un des mieux rédigés, et en tout cas celui qui résume le plus complètement la théorie actuelle de la jurisprudence ; nous ne pouvons que le citer en son entier : Il s'agissait d'un conducteur des ponts et chaussées nommé en 1888 et qui vit son emploi supprimé en 1893. Il demandait, par application des règles du louage de services, une indemnité pour cette révocation déguisée, intempestive et sans motifs légitimes. Le tribunal a rejeté sa demande en ces termes : « Attendu que le sieur T... *ne conteste pas la régularité et la validité des actes administratifs qui ont ordonné cette mesure* (la suppression d'emploi) ; mais attendu qu'il soutient qu'elle a été prise d'une façon intempestive et sans motifs légitimes ;... attendu qu'il *ne justifie nullement avoir passé un contrat avec l'Etat* pour l'exécution d'un travail déterminé ; attendu que l'Etat n'a pris envers lui *aucun engagement particulier* en ce qui concerne la durée de ces fonctions et les conditions dans lesquelles elles pourraient lui être retirées ; attendu qu'il se prévaut vainement des règles posées par le Code civil et par la jurisprudence en ce qui concerne le louage de services ; attendu que *ces règles ne sont pas applicables à l'espèce* ; qu'en effet l'acte par lequel l'Etat nomme fonctionnaire à un emploi public ne saurait être assimilé à une convention par laquelle un particulier loue ses services à un autre particulier ; attend qu'un *acte de cette nature n'est que l'exercice de la puissance publique* qu'il peut donc être révoqué par un second acte émanant de la même autorité ; que cette mesure doit être prise seulement suivant les formes tracées par les règlements administratifs ; mais que moyennant l'observation de ces formes, elle ne saurait donner lieu contre l'Etat à *aucune action en dommages-intérêts*, quelles que soient les circonstances dans lesquelles elle est intervenue ; attendu que ces principes sont admis en France d'une façon générale et absolue et qu'ils sont appliqués par la jurisprudence *non seulement aux fonctionnaires revêtus d'une partie de l'autorité publique mais encore aux simples employés de l'Etat et même à ceux des communes* ; attendu que ce sont là des règles

naires de tout ordre sont actuellement sous le régime de l'acte unilatéral qu'ils aient ou non des prérogatives de puissance publique : « Il n'est pas nécessaire en effet, disait le commissaire du Gouvernement dans l'affaire Cadot, pour qu'un acte conférant un emploi ou une fonction ait le caractère d'un acte de puissance publique qu'il confère cette puissance à l'employé, il suffit qu'il l'exerce. Or le préfet, le maire, font acte d'autorité hiérarchique et non de contractants. Ils exercent des pouvoirs qu'ils tiennent des lois » (1).

II. — *Le régime créé par la nomination à une fonction publique est un régime légal unilatéral.*

Le rapport créé par un acte unilatéral de puissance publique ne peut être qu'un rapport légal ; nous ajoutons même que c'est un rapport légal unilatéral, pour le distinguer de celui qui est un rapport légal contractuel, c'est-à-dire accepté par convention. Aussi le rapport créé par l'acte de nomination à une fonction publique est-il un rapport basé uniquement sur la loi au même titre que les relations qui existent entre sujet et Etat (2), ou entre fils et père (3). C'est ainsi par un « régime d'Etat » (4) qu'on apporte au fonctionnaire des garanties légales et qu'on la protège contre un exercice abusif de la fonction publique.

Les droits que la loi garantit au fonctionnaire sont con-

de droit public, dont l'observation est nécessaire pour le bon fonctionnement des services administratifs, etc. »

1. Conseil d'Etat, 13 décembre 1889, D., 91. 3. 41, S , 92. 3. 21. Conclusions du commissaire du gouvernement M. JAGERSCHMIDT.

2. HAURIUO : *Précis*, p. 687 ; GERBER : *Grundzüge*, p. 117.

3. M. LARNAUDE, à son cours ; GERBER ; *l. c.*

4. HAURIUO : *Précis*, p. 687 en note. M. LARNAUDE, à son cours.

sidérés par les uns comme des droits réels, par les autres comme des droits personnels. Nous étudierons donc successivement sous deux titres distincts :

1^o La théorie de la possession ou de la propriété de la fonction ;

2^o Les théories du rapport personnel de puissance.

1^o. — *Théorie du droit réel ou de l'occupation temporaire du domaine public. — M. Hauriou.*

Nous avons déjà vu en étudiant les théories du droit privé comment certains auteurs, considérant la fonction publique comme une « chose », étaient parvenus à faire du droit du fonctionnaire sur la fonction un droit réel de possession ou de propriété privée.

Cette théorie féodale de droit privé a été transportée par M. Hauriou dans le droit public.

On part du même principe que la fonction publique est une chose. Mais on ne dit plus que cette chose fait partie du patrimoine privé comme au temps de la patrimonialité de la souveraineté, erreur qui a engendré le système féodal, on dit qu'elle est une parcelle du domaine public. La nomination à la fonction publique est alors une concession sur le domaine public et le régime qu'elle engendre est bien un régime légal unilatéral. Les concessions en effet sont des actes de puissance publique dont le régime a ce caractère obligatoire et unilatéral qu'on trouve dans la fonction publique.

Telle est la pensée de M. Hauriou.

La fonction publique est une chose incorporelle (1). En effet soit qu'on la considère comme une partie de l'Etat

1. HAURIOU : *Précis*, p. 630, cf., p. 688 et dans S , 94, 3, 33, en note.

envisagé en tant qu'organisme(1) ou conçu lui-même comme chose publique (2), soit qu'au contraire on l'envisage comme extérieure à l'Etat et ne faisant pas partie de sa substance (3) parce que l'Etat ne peut se concéder lui-même, la fonction publique a une existence en soi indépendante du fonctionnaire qui l'occupe temporairement (4).

On ne va pas jusqu'à la considérer, ainsi que l'a fait Sarwey, comme une entité personnelle (5) qui entrerait en relation d'une part avec le fonctionnaire et d'autre part avec l'Etat. Mais on lui donne cependant une existence réelle, sinon en tant que sujet du moins en tant qu'objet de droits. « C'est sur elle, dit M. Hauriou, que le fonctionnaire a des droits et ce n'est pas contre l'Etat » (6). Inversement elle n'a pas de droits contre le fonctionnaire. Elle est donc bien un objet de droits, mais elle n'est que cela. Cette chose incorporelle prend ainsi une forme réelle pour devenir objet de droits (7).

D'autre part, elle a une destination d'utilité publique : elle est nécessaire à l'Etat pour gouverner et administrer ; celui-ci a dû s'en emparer en l'enlevant aux particuliers qui l'exerçaient, comme il l'a fait pour toutes les choses indispensables au maintien de l'ordre social et à la gestion des intérêts généraux. « L'Etat, dit M. Hauriou, s'est emparé des fonctions afin de pouvoir gouverner et administrer.... comme il l'a fait du rivage de la mer, des fleuves. En effet

1. HAURIOU : *Précis*, p. 688.

2. HAURIOU : *op. cit.*, p. 327.

3. HAURIOU : *op. cit.*, p. 688.

4. Voir les conclusions qu'en tire MASSIMO GIRIODI : *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, vol. I p. 225.

5. SARWEY : dans le *Handbuch* de Marquardsen, Tome I, 2^o partie, p. 95 ; MASSIMO GIRIODI, dans l'*Orlando*, I, p. 223 et s.

6. HAURIOU : *Précis*, p. 687.

7. HAURIOU : *Précis*, p. 530.

les fonctions sociales sont aussi bien affectées à l'utilité publique que les fleuves ou rivages de la mer » (1). Toutes ces choses corporelles ou incorporelles dont s'est emparé l'Etat dans l'intérêt de tous constitue le domaine public (2).

La fonction publique, partie du domaine public en a tous les caractères : elle est inaliénable ; l'Etat ne peut la conférer sans espoir de retour et le fonctionnaire ne peut céder à un tiers la fonction qu'il possède ; elle est imprescriptible, quel que soit le temps pendant lequel le fonctionnaire la conserve, même par usurpation, il n'en deviendra jamais le propriétaire absolu et pourra à tout instant être révoqué par l'autorité qui la lui a conférée.

Or le domaine public est pour cet auteur la propriété de l'Etat : « le droit de domaine public est un droit de propriété publique appartenant à l'Etat » (3). L'Etat propriétaire du domaine public est donc en même temps propriétaire de la fonction publique.

Mais par un acte de puissance publique, l'Etat peut concéder à un particulier la jouissance d'une parcelle du domaine public ; c'est là une *concession administrative*. L'acte qui confère à un citoyen l'exercice d'une fonction publique n'a pas d'autre caractère (4) ; la nomination est

1. HAURIOU : *Précis*, p. 688.

2. HAURIOU : *op. cit.*, p. 610 et 613 : « Le domaine public est caractérisé dans ses effets par la destination d'utilité publique de la chose sur laquelle il porte ». p. 630 : « Les choses incorporelles aussi bien que des immeubles peuvent être considérées comme des dépendances du domaine public ».

3. HAURIOU : *Précis*, p. 613 ; Cf. SALEILLES : *La loi du 30 mars 1887* (*Revue Bourguignonne*, 1891, p. 635 et s.).

4. HAURIOU : *Précis*, p. 688. « Etant donné que les droits reconnus au fonctionnaire par les lois et règlements sont des droits sur la fonction, le fonctionnaire ne peut être considéré que comme le concessionnaire de la fonction » ; cf. note dans S., 92. 3. 18, 1^{re} col. : « La concession d'emploi se rapproche singulièrement d'une opéra-

un acte unilatéral par lequel la puissance publique, propriétaire de la fonction en concède la jouissance à un citoyen. Comme tous les éléments du domaine public, la fonction est inaliénable et imprescriptible ; le droit conféré au fonctionnaire n'est pas un droit de propriété mais seulement un droit de possession (1).

Cette théorie s'harmonise très bien avec la conception de la concession administrative et, d'autre part, répond exactement aux faits qui peuvent se produire au cours de l'exercice de la fonction publique.

La concession sur le domaine public est « un acte administratif par sa nature comme par son origine » et ce caractère lui est depuis longtemps reconnu par la jurisprudence concordante de la Cour de cassation, du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits (2). C'est donc un acte unilatéral et non un contrat (3). C'est bien là, avons-nous vu le caractère que l'on entend donner à la collation de fonction publique, comme à la révocation. « La concession sur le domaine public, dit M. Hauriou, est essentiellement un acte de puissance publique et le retrait de la concession a le même caractère ; ces actes exercent un droit de police de l'Etat. Par conséquent, la nomination ou la révocation d'un

tion administrative dont le caractère n'est pas douteux : la concession sur le domaine public ».

1. HAURIOU : S., 94. 3. 33 en note et S., 92. 3. 18 en note : « Le droit du fonctionnaire s'analyse en une possession plus ou moins précaire de la fonction... » ; cf. S., 99. 3. 106.

2. La Cour de cassation qui s'était prononcée en sens contraire le 6 mai 1844 (*Ville de Pau*) est revenue à la théorie administrative par des arrêts du 26 juin 1851 et du 2 mars 1870. Cf. Conseil d'Etat : 26 août 1831 (*Ministre de l'intérieur*) ; 4 mai 1843 (*Ville de Barle-Duc*) ; 7 décembre 1854 (*Ville d'Aix*) ; 17 janvier 1868 (*Ville de Paris*), etc., et conflits : 12 décembre 1874 (*Ville de Paris*).

3. LAFERRIÈRE : *Juridiction administrative*, I, p. 605 ; HAURIOU : *Précis*, p. 674,

employé ou d'un fonctionnaire sont des actes de puissance publique et l'exercice d'un droit de police de l'Etat (1) ». Une nomination et une concession sont donc un seul et même acte.

Le régime engendré par la nomination à une fonction publique est identique à celui qui résulte d'une concession sur le domaine public. Il a sa source dans un acte gracieux, ne conférant pas un droit définitif ; il donne seulement un droit révocable *ad nutum*. « Le concessionnaire, ainsi que le fait remarquer M. Hauriou, n'a sur la chose qu'une possession précaire, par conséquent l'employé ou le fonctionnaire n'a, lui aussi, en principe, qu'une possession précaire ; il peut y avoir révocation *ad nutum* et sans indemnité ; le fonctionnaire n'est pas dans une situation plus fâcheuse que le manufacturier qui a établi une usine au bord d'un fleuve, sur la foi d'une concession de force motrice et qui peut se voir retirer cette concession sans indemnité (2) ». Comme celui qui utilise la voie publique, les rivages de la mer, le fonctionnaire n'a qu'un droit de possession (3).

Examinant toutes les situations qui se présentent dans les formes multiples que revêt la fonction publique, M. Hauriou constate que les droits des fonctionnaires sont plus ou moins forts et forment comme une gamme de la possession qui va du droit essentiellement précaire des fonctionnaires politiques (4) au droit presque absolu de propriété chez les fonctionnaires privilégiés qui ont un état. Ne dit-on pas, en effet, que ces derniers sont propriétaires de leur chaire, de leur siège, de leur grade ? (5)

1. HAURIOU : S., 92. 3. 18 en note, 2^e colonne.

2. HAURIOU : S., 92. 3. 18, en note, 2^e colonne.

3. HAURIOU : *Précis*, p. 674.

4. HAURIOU : *op. cit.*, p. 688.

5. HAURIOU : S., 92. 3. 18, 2^e colonne.

C'est encore la théorie de la possession qui, selon M. Hauriou, donne l'explication la plus rationnelle de la situation des offices ministériels : « L'office a une nature domaniale évidente (1) » ; la possession du fonctionnaire est alors poussée à son extrême limite et montre nettement que le droit qu'il a sur la fonction est bien un droit réel.

N'est-ce pas un avantage considérable pour une théorie juridique de réunir ainsi dans une seule et même explication des situations si différentes, et de faire seulement une question de degré de l'opposition qui semble s'élever entre l'état de l'officier ministériel ou du juge et celui du fonctionnaire amovible et révocable *ad nutum* (2) ?

Et on réalise, par cette théorie, l'unité non seulement dans la législation actuelle, mais encore dans la tradition historique, c'est également une question de modification dans le degré de la possession qui a amené le régime féodal et celui de la vénalité et de l'hérédité des offices.

Sous le régime féodal « nous retrouvons, dit M. Hauriou, les fonctions publiques avec un caractère domanial soit dans le bénéfice ecclésiastique, soit dans la seigneurie féodale ; là, elles sont patrimoniales, mais comme elles n'ont pas perdu leur caractère d'utilité publique, elles constituent encore pour le seigneur bien plus un domaine public qu'un domaine privé (3) ».

De même, sous l'ancien régime « à l'époque de la vénalité des offices de judicature et de finances, tous les offices ainsi vendus par le roi devenaient patrimoniaux pour les acquéreurs ; ceux-ci étaient propriétaires du droit de résignation et possesseurs de l'office ; comme cependant la pro-

1. HAURIOU : *Précis*, p. 688 ; cf. S., 92. 3. 18, 1^{re} col.

2. HAURIOU : S., 92. 3. 18.

3. HAURIOU : *Op. cit.*, p. 688-689.

vision de l'office restait au roi, c'est donc que l'office restait dépendance du domaine royal » (1).

Ainsi l'histoire de la fonction publique ne serait que l'histoire du droit des concessionnaires sur le domaine public.

En résumé, la théorie de M. Hauriou comprend les termes suivants : la fonction publique est une dépendance du domaine public incorporel ; la nomination à une fonction publique est une concession sur le domaine public ; le régime de la fonction est le régime légal ou réglementaire des actes de police administrative qui règlent les « occupations temporaires du domaine public » (2) et ne créent aucun droit acquis susceptible d'un recours judiciaire ou administratif pour le contentieux au fond.

Critique. — Nous avons déjà montré en repoussant les théories de droit privé sur la patrimonialité des fonctions, que celles-ci n'étaient pas des choses en soi ; il n'y a là qu'une fiction inutile et d'ailleurs erronée.

D'autre part, M. Hauriou, dans sa théorie, peut s'en passer, puisque d'après lui la fonction publique fait partie du domaine public incorporel ; elle peut donc ne pas être une chose corporelle, il suffit qu'elle soit un objet incorporel.

Mais il n'est pas démontré que le domaine public comprenne des biens incorporels ; il y a même pour le nier un argument très fort que nous fournit le Code civil : l'art. 538 exige que toute partie du domaine public soit « une portion du territoire français » (3).

De plus, même en admettant que le droit de nommer aux fonctions publiques soit un droit de domanialité publi-

1. HAURIUO : *op. cit.*, p. 689.

2. HAURIUO : *Précis*, p. 688 ; cf. p. 682, et note dans S., 99. 3. 106.

3. DUCROCQ : *Droit administratif*, édit., 1877, p. 92, n° 919.

que, il n'en résulte pas que l'Etat soit propriétaire de la fonction. Nous ne croyons pas, en effet, que l'Etat soit propriétaire du domaine public parce que la puissance publique n'est pas une personne et, par suite, ne peut être titulaire du droit de propriété ; l'art. 538 du Code civil spécifie que le caractère du domaine public est « de ne pas être susceptible de propriété privée » c'est-à-dire du droit privé de propriété (1).

Tous ces points sont donc au moins douteux et leur solution n'est pas définitive : leur étude nous entraînerait trop loin et nous pouvons, en les laissant de côté, trouver dans la théorie même de l'auteur des arguments suffisants pour la rejeter.

D'abord, l'auteur raisonne plutôt par analogie et n'apporte pas une démonstration directe de cette affirmation que la fonction est une chose et que cette chose fait partie du domaine public : « les fonctions *peuvent* être considérées comme une chose » (2), dit-il, « le fonctionnaire *ne peut guère être considéré que* comme le concessionnaire de la fonction » (3) ; « la collation d'emploi *se rapproche* d'une opération administrative... la concession sur le domaine public » (4) ; il n'y a donc pour lui qu'une apparence : « le fonctionnaire, dit-il, nous *apparaît* finalement comme un homme qui bénéficie de l'occupation temporaire d'une dépendance du domaine public » (5) ; l'auteur fait donc surtout appel à l'analogie et à l'évidence (6).

1. « Sur les dépendances du domaine public, dit M. Berthélemy, personne n'a le *jus abutendi* ; le *jus fruendi* ne se conçoit qu'à titre exceptionnel et insignifiant ; le *jus utendi* appartient à tout le monde et même aux étrangers » *Droit administratif*, p. 380-381.

2. HAURIOU : *Précis*, p. 630.

3. HAURIOU : *Précis*, p. 688.

4. S., 92. 3. 18, 1^{re} col., note.

5. HAURIOU : *op. cit.*, p. 688.

6. *Op. et loc. cit.* : « Les officiers ministériels dont l'office d'une nature domaniale *évidente*... ».

Il semble même à craindre que l'argumentation se réduise à un cercle vicieux : la fonction publique est, dit-on, susceptible de propriété parce qu'elle est une chose (p. 630 et 688) ; plus loin on ajoute : l'office est une chose parce qu'il est susceptible de propriété (p. 688).

Il ne nous paraît cependant pas possible de démontrer la réalité de la fonction publique, de voir en elle une chose dont l'existence est indépendante du fonctionnaire qui l'exerce : son existence est liée, au contraire, à son exercice ; elle devrait disparaître si elle n'était pas exercée car elle serait inutile ; elle se modifie avec les besoins auxquels elle répond ; elle apparaît et disparaît avec les nécessités quotidiennes des services ; elle manque donc non seulement de perpétuité mais encore de cette continuité et de cette permanence qui est de l'essence de la réalité ; je n'en veux pour preuve que la création d'emplois auxiliaires et temporaires dans des administrations des préfectures ou des ministères pendant certaines périodes de travaux exceptionnels.

L'argument historique tiré des bénéfices ecclésiastiques ou seigneuriaux et des offices de l'ancien droit n'est pas convaincant.

Le bénéfice, en effet, n'est pas la fonction elle-même ; il n'en constitue d'abord que l'accessoire, le traitement, qui, suivant un procédé alors fort répandu, consistait en une concession de la jouissance de terres domaniales (1) ; il lui

1. Le bénéfice n'était réellement que le traitement du fonctionnaire. C'était un mode général de paiement. Justinien avait permis aux Eglises de payer leurs dettes avec des terres (nov. CXX, ch. IV) M. Guizot, dans son *Histoire de la civilisation* (p. 137) attribue à la magnificence des églises la disparition de l'argent sous la monarchie franque qui contraignit à payer en terres les plus infimes services des villes royales. Cf. GARSONNET : *Des locations perpétuelles*, p. 241.

est si intimement lié qu'il s'acquiert et se perd avec elle en général, mais cependant il en est bien distinct puisque le prince peut, à titre de peine disciplinaire, retirer le bénéfice tout en ordonnant de continuer l'exercice de la fonction (1).

Le bénéfice n'est même que l'accessoire de la fonction. En effet, le fief fut la combinaison de deux institutions : le rapport personnel de fonction publique qui se transforma en vassalité (2) et le droit réel de bénéfice. « Unis en fait au ix^e siècle, dit M. Esmein (3), en ce sens que le roi ou les seigneurs n'accordaient de bénéfices qu'à ceux qui étaient entrés dans leur vassalité, ils furent unis en droit dans un développement postérieur ». Mais le rapport personnel a toujours dominé : « le fief suppose avant tout une prestation d'hommage... la concession vraie ou feinte de la terre n'est que la conséquence ou l'accessoire de ce contrat qui lui sert de cause » (4). Même quand les deux institutions se confondent la vassalité reste la cause du lien juridique entre seigneur et vassal ; quand le fief devient héréditaire, l'idée de bénéfice disparaît ; le lien personnel est maintenu et exige une nouvelle investiture à chaque changement d'une des parties. Donc, si l'on voulait chercher dans le régime féodal la solution du rapport juridique de la fonction publique, il faudrait dire, non pas avec M. Hauriou, que c'est un rapport réel de bénéfice, mais avec M. Laband que c'est un rapport personnel de vassalité.

1. Voir : FUSTEL DE COULANGES : *Origines*, p. 182 et s.; ESMEIN ; *Histoire du droit*, 3^e édit., 1898, p. 194 et s.

2. C'est sur ce point qu'insiste Laband dans sa théorie de la fonction publique.

3. ESMEIN dans la *Nouvelle Revue historique*, 1894, p. 524.

4. ESMEIN : *Histoire du droit*, p. 186.

En supposant même que le rapport personnel ait disparu dans le droit réel à l'époque féodale, et que le comte *possédât* cette puissance publique qu'il aurait dû exercer à titre de fonctionnaire, on n'en pourrait tirer aucun argument pour les théories du droit moderne.

A ce moment, suivant une erreur commune qui faisait le droit, l'Etat avait disparu, le roi possédait patrimoniale-ment la puissance publique ; son droit sur la souveraineté était donc un droit de propriété privé ; c'est un droit de même nature qu'il transmettait à ses agents : le fonctionnaire était propriétaire de la puissance publique (1). C'est bien la théorie féodale des seigneuries. Or M. Hauriou ne va pas jusqu'à accepter cette thèse et maintient que si le fonctionnaire est un possesseur, l'Etat reste propriétaire de la fonction.

Quand l'Etat est sorti du chaos féodal, quand il s'est affirmé comme seul souverain en dehors même du roi, alors on a distingué la *substance* de la souveraineté qui appartient à la nation, de son *exercice* qui est confié au roi et à ses agents (2). Elle est inaliénable quant à sa substance parce que, selon Rousseau, elle est la volonté générale et une volonté ne peut s'enchaîner (3) ; la Constitution de 1791 la proclame inaliénable (4) ; la Constitution de 1848 reproduit cette déclaration (5).

1. V. GROTIUS : *De jure belli et pacis*, lib. I, ch. III, § 8 ; WOLFF : *Jus naturæ*, Tome VIII, § 23, 34, 38, 39, 41. § 39 : « Imperium a populo in alium transferri potest vel quoad *exercitium* vel quoad ipsam *substantiam*. » § 41 : « qui imperium in civitate habet vel usufructuarius imperii est vel *proprietaryus* ».

2. SAINT-THOMAS-D'AQUIN : *De regimine principum*, liv. III, ch. XI, PHILIPPE POT : Discours aux Etats Généraux de 1484 (*Journal de Jehan Masselin*) ; HOTMAN : *Franco-Gallia*, ch. X. p. 76.

3. ROUSSEAU : *Contrat social*, liv. II, ch. I.

4. *Constitution de 1791* : a. 1, titre III : « La souveraineté est une, indivisible, *inaliénable*, et imprescriptible ».

5. *Constitution de 1848* : a. 1^{er} : « La souveraineté réside dans

Un acte d'aliénation de la souveraineté serait nul en droit. La collectivité n'est un Etat que parce qu'elle a des droits supérieurs à ceux de tous les individus avec lesquels elle entre en relation ; si cette souveraineté passait à une autre c'est cet autre qui prendrait la place de l'Etat et il n'y aurait rien de changé. D'autre part la génération actuelle n'aurait pas le droit d'aliéner cette souveraineté, car celle-ci est nationale, c'est-à-dire qu'elle appartient à toute la nation et celle-ci comprend non seulement la génération actuelle mais encore toutes les générations à venir (1).

On ne peut donc appliquer aujourd'hui avec cette conception de la souveraineté, la théorie féodale, la propriété qui comportait l'aliénation de la fonction : au même titre que la souveraineté, la fonction qui en est une partie est inaliénable.

On doit même dire que non seulement le fonctionnaire, mais l'Etat lui-même, n'est pas propriétaire de la fonction : celle-ci ne fait pas partie du domaine public qui ne comprend que les biens réels (arg. a. 537 et 538) ; même partie de ce domaine, elle n'est pas possédée par l'Etat à titre de propriété, car l'Etat, qui est gardien du domaine public, c'est la puissance publique, et celle-ci n'est pas un titulaire de droits : serait-elle même un sujet de droits, elle ne pourrait être qu'un sujet de droits publics, et la propriété est un droit privé ; il n'y a pas de propriété en droit public (2).

l'universalité des citoyens français. Elle est inaliénable et imprescriptible ».

1. ESMEIN : *Droit constitutionnel*, p. 168.

2. En ce sens DUCROCQ : *Droit administratif*, éd., 1881, n° 900 et s. et *Traité des édifices publics* ; DE RECY dans BEQUET : T. XI, v° *Domaine*, n° 539 et s. ; BERTHÉLEMY : *Droit administratif*, p. 381 : « J'ai la même répugnance, dit M. Berthélemy (*l. c.*, en note) à admettre l'existence d'une *propriété de droit public*, que j'ai montré plus haut à accepter l'existence de contrats de droits

A fortiori, si l'Etat n'est pas propriétaire de la fonction, l'individu ne saurait avoir sur celle-ci un semblable droit, car on ne peut céder plus de droits qu'on en a.

Et qu'on ne dise pas que M. Hauriou ne donne au fonctionnaire qu'un droit de possession comme au concessionnaire du domaine public — ce qui ne détruirait pas cependant la valeur de notre argument — il écrit textuellement que cette possession peut aller jusqu'au droit de propriété (1).

L'argument que le savant auteur tire des garanties apportées à certains fonctionnaires et aux officiers ministériels, et du droit de ceux-ci sur leur fonction, droit que le langage courant appelle propriété, n'inferme en rien notre critique.

D'abord on ne doit jamais se fonder sur une analogie même évidente, nous en avons montré les inconvénients en examinant la théorie de M. Dareste. On ne doit pas non plus baser une théorie scientifique sur des dénominations qui ont cours dans le langage ordinaire, mais qui n'ont pas été juridiquement établies. Sans doute, on dit du professeur, du juge, de l'officier, qu'ils sont propriétaires de leur chaire, de leur siège, de leur grade, mais on entend simplement par là qu'ils n'en peuvent être dépouillés que par jugement comme d'un droit de propriété. Or il est bien des droits qui sont dans ce cas : est-ce qu'un jugement n'est pas également nécessaire pour prononcer la déchéance de la puissance paternelle ?

Quant aux offices ministériels, nous avons déjà eu l'oc-

publics. Les mots en définitive ne sont que des étiquettes faites pour le droit privé ? Si ces mots gardent leur sens habituel pourquoi les faire suivre d'un signe particulier d'une portée d'ailleurs très indécise ; et si ce signe particulier a pour objet de montrer que les mots n'ont plus ici leur sens habituel, pourquoi s'en servir ? »

1. HAURIOU : *Précis*, p. 688.

casion de distinguer la finance de la fonction ; la première seule est dans le patrimoine ; la seconde n'y entre pas (1). L'officier ministériel n'a sur la fonction même qu'un droit identique à celui des autres agents de l'Etat.

D'ailleurs on est mal venu à invoquer le droit de l'officier ministériel en faveur d'une théorie de droit public comme celle de M. Hauriou : le droit de propriété, qui n'est que le droit sur la finance de l'office, est un droit patrimonial, c'est-à-dire un droit privé et particulier de l'individu. Or pour M. Hauriou la fonction est une partie du domaine public et elle est l'objet d'un droit public.

L'argument historique et celui tiré de la législation actuelle des offices ne peuvent ainsi fonder la théorie du droit réel que nous repoussons en droit public, comme nous l'avons écartée en droit privé.

II. — *Théories du lien personnel.*

Ce n'est pas sur la fonction, mais vis-à-vis de celui qui la lui a confiée que le fonctionnaire a des droits garantis par la loi. C'est d'ailleurs analyser insuffisamment le droit réel que d'y voir un droit sur une chose ; il n'est en réalité qu'un lien personnel ayant pour sujets d'une part le propriétaire et d'autre part toutes les autres personnes qui pourraient empiéter sur le droit du premier. Mais dans son acception la plus étroite de lien direct et immédiat entre deux personnes le lien personnel, croyons-nous, explique le rapport direct qui s'établit entre l'Etat et le fonctionnaire.

La puissance publique donne des ordres ; l'individu est son sujet avant d'être son fonctionnaire ; le rapport légal

1. Voir ci-dessous, p. 144 et s.

qui s'établit entre la première et le second est donc un rapport de subordination : Laband explique cette sujétion spéciale par l'idée de vassalité, forme sous laquelle la souveraineté ou la suzeraineté s'est spécialement manifestée au temps féodal ; mais il en fait un rapport volontaire contractuel (1) qui crée des devoirs et des obligations réciproques ; les théoriciens du contrat social déduisant les conséquences logiques de cette idée que la collation d'une fonction est l'obéissance à un ordre de la puissance publique qui n'agit que par voie d'autorité en font une contrainte au service public ; enfin, les auteurs les plus récents acceptent le rapport de subordination en le dégageant des formes féodales de Laband, ou du caractère obligatoire du contrat social et expliquent la fonction publique par un rapport légal spécial et unilatéral analogue à celui qui existe entre le père et le fils ou le sujet et l'Etat : c'est la théorie de M. Larnaude.

§ 1. *Théorie du rapport de vassalité.*

Cherchant dans l'histoire une période pendant laquelle il put saisir sur le vif les manifestations les plus nettes des éléments de la fonction publique, M. Hauriou s'est arrêté à l'époque féodale et assimile la fonction publique au contrat de fief du moyen âge. Mais dans le fief, combinaison de deux institutions carolingiennes le rapport réel de bénéfice et le

1. Nous étudions cependant ici sous la rubrique des théories de l'acte unilatéral, la théorie contractuelle de Laband, parce que le rapport de puissance qu'il en fait découler est intimement lié aux rapports de puissance que nous verrons développer par Gerber et M. Larnaude.

lien personnel de vassalité (1), M. Hauriou n'a envisagé que le premier élément qui cependant au début ne fut que l'accessoire du premier (2).

Laband qui cherche également dans le contrat féodal de fief le secret de la fonction publique s'arrête au contraire à l'élément personnel, au rapport essentiel qui est un rapport de puissance publique créé par la prestation de l'hommage. Il transporte dans le droit moderne cette théorie féodale et assimile le rapport de puissance qui unit le fonctionnaire à l'Etat au rapport de vassalité qui unit le seigneur à son suzerain.

L'histoire des origines du régime féodal semble lui donner raison ; et la féodalité paraît seulement avoir mis en relief ce rapport caché au fond de toute fonction publique. La *commendatio* qui fit accorder aux proches du prince les premières fonctions publiques a une origine douteuse : la *clientèle* à Rome (3), la *protection* (4) en Gaule, le *compagnonage* germanique sont des institutions diverses, mais analogues qui se sont transmises d'âge en âge et se sont fondues sous la domination romaine de *commendatio* sous le nom germanique de *mainbour* (5). Le patronage d'abord

1. ESMEIN : *Histoire du droit*, 3^e édit., p. 137 et s. ; p. 186 et s. ; *Nouvelles théories sur les origines féodales* (*Nouvelle Revue historique*, 1894, p. 524).

2. ESMEIN : *l. c.* ; FLACH : *Origines de l'ancienne France*, pense même que l'élément personnel est toujours resté au premier plan.

3. La clientèle déjà considérable à l'époque de Cicéron qui nous en fait fréquemment le tableau eut son apogée sous l'Empire : ce n'est que par leurs clients que les derniers empereurs arrivèrent et se maintinrent sur le trône.

4. ORGETORIX avait un grand nombre de clients (CÉSAR : *De bello Gallico*, I. 2) : VERCINGÉTORIX encore tout jeune réunit ses clients pour en faire le noyau de son armée (CÉSAR, VII, 4).

5. FUSTEL DE COULANGES : *Origines*, p. 192.

d'ordre privé est passé dans l'ordre public (1). On se commande en effet non pas seulement pour être protégé contre de puissants spoliateurs (2) ou pour augmenter ses revenus par l'échange d'une petite propriété contre l'usufruit d'un grand domaine (3), pour éviter le service militaire ou ne pas payer ses dettes, mais aussi pour avoir une fonction publique. On entre ainsi dans la clientèle d'un abbé, d'un évêque, d'un comte, d'un duc, pour devenir fonctionnaire. Mais c'est surtout auprès du roi que se fait cette *commendatio* parce que c'est là qu'il y a le plus de fonctions à distribuer : au premier rang de la cour royale des recommandés sont les *vassi dominici* ou *reggles*, les *fideles*, *leudes*, *optimates*, *homines franci* qui remplissent auprès du roi les plus hautes fonctions du Gouvernement (4) ou les charges les plus honorables de sa cour (5), c'est-à-dire les plus hautes fonctions, de gestion et d'autorité. Ils siègent à son conseil auprès des évêques, ont une place d'honneur dans le palais, dans le cortège et dans les plaids. Au-dessous d'eux, il y a encore d'autres recommandés d'origine serve : ce sont les *ministeriales* qui remplissent les charges inférieures ou les recommandés des grands vassaux eux-mêmes.

L'acte par lequel on entrait dans la cour d'un puissant fut d'abord un simple acte d'amitié (6), un acte unilatéral, dans lequel seule une partie, le vassal, prenait des engage-

1. FUSTEL DE COULANGES : *op. cit.*, p. 193.

2. C'est le cas des étrangers, des veuves, des juifs et de beaucoup de petits propriétaires.

3. Les églises ont largement pratiqué ce procédé : GARSONNET : *Histoire des locations perpétuelles*, p. 210 et s.

4. PERTZ : *Leges*, T. III, p. 73.

5. *Lex Visigothorum*. IX, 2. ch. IX, v. WALTER, I, p. 509. *Lex salica*, éd. Pardessus, XI, 6, p. 232 et 284 ; *Lex Visigothorum*, *op. cit.*, T. I, p. 452.

6. FLACH : *op. cit.*, II, p. 157.

ments ; comme tous les anciens contrats formalistes du vieux droit germanique (1), cet acte juridique consistait dans la « fidei datio » ou « fiance », qui n'était guère qu'un serment professionnel (2). Il devint bilatéral lorsqu'il comporta la collation d'un bénéfice (3). Le contrat engendre alors des obligations réciproques qui répondent en effet assez bien à celles qui naissent de la fonction publique. D'une part le seigneur doit à son vassal la justice et la garantie de la possession du fief, comme l'Etat doit au fonctionnaire la protection dans l'exercice de sa fonction et la garantie du traitement. D'autre part le vassal doit à son suzerain, le service militaire, le service de justice et de cour, l'aide et conseil, et en général il s'engage à ne nuire en aucune façon à l'exercice des droits et devoirs du seigneur (4), comme le fonctionnaire s'engage envers l'Etat à exercer une fonction, il est vrai, plus spécialisée.

La portée de ce contrat dépasse ainsi de beaucoup le domaine et les bornes du droit privé (5) ; le vassal promet au seigneur non une prestation pécuniaire ou des services privés, mais une fidélité politique absolue et « certains services qui rappellent en les imitant les obligations normales du citoyen envers l'Etat » (6).

1. SOHM : *Das Recht der Eheschliessung*. Weimar, 1875, p. 24. La conclusion du contrat se manifeste par la tradition d'une chose sans valeur ; c'est une prestation symbolique, par exemple d'une motte de terre dans le contrat de fief.

2. ESMEIN : *Etude sur les contrats dans le très ancien droit*, l. c., p. 98-99.

3. FLACH : *op. cit.*, p. 518.

4. L'énumération des obligations du vassal et leur examen se trouve dans une lettre de Fulbert de Chartres citée dans BOUQUET, X, p. 463.

5. ESMEIN : *Histoire du droit*, 3^e éd., p. 176.

6. ESMEIN : *loc. cit.*

Le rapport de puissance ainsi créé n'a pas, comme on l'a cru, une origine militaire : tous ceux qui se recommandent au roi visent surtout à des fonctions administratives, financières ou ecclésiastiques (1). Au ix^e siècle, les agents inférieurs sont déjà uniquement les vassaux des agents supérieurs ; les *vicarii* et les *scabini* ont cette situation vis-à-vis des ducs et des comtes (2). Du haut en bas de l'échelle administrative, le lien hiérarchique de l'administration devient le lien hiérarchique de vassalité. Les rois, les comtes et les autres agents « auraient dû, dit Fustel de Coulanges, gouverner les hommes en vertu des droits de l'autorité publique, ils les gouvernent en vertu des droits de patronage » (3).

C'est donc par le rapport de vassalité que s'explique dès lors le droit administratif de la féodalité. Ce lien est tout personnel pour Laband (4). Les obligations qu'il engendre sont juridiquement indéterminées et illimitées (5) ; elles peuvent cependant se résumer dans le devoir de fidélité. C'est également dans le devoir de fidélité politique que Laband résume toutes les obligations du fonctionnaire (6).

C'est l'hommage qui crée le rapport de puissance, source du droit de commandement du suzerain (7) ; c'est également le serment qui, pour Laband, est la source du rapport

1. FUSTEL DE COULANGES : *Origines*, p. 280.

2. FUSTEL DE COULANGES : *Transformation de la royauté*, p. 611 : « On se recommande à ceux-ci parce qu'ils sont puissants ; on reçoit d'eux des terres bénéficiales, on se lie à eux par un serment tout personnel et on contracte à leur égard toutes les obligations du vassal envers le seigneur ».

3. FUSTEL DE COULANGES : *Transformation de la royauté*, p. 611.

4. Cf. FLACH : *Origines*, *op. cit.*, p. 537.

5. LABAND : *Deutsches Staatsrecht*, I, p. 416-417.

6. FLACH : *op. cit.*, p. 529.

de puissance entre le sujet et l'Etat et qui donne à celui-ci l'autorité hiérarchique (1).

Et l'auteur voit un nouveau rapprochement à faire entre le serment féodal et le serment politique du fonctionnaire : l'un et l'autre n'ont pas une sanction légale directe. Le serment engendre un rapport qui est uniquement d'ordre moral (2) ; ne pas remplir les devoirs qu'il engendre, constitue simplement un manquement à l'honneur et à la foi jurée. Mais il n'y a là de manquement à un contrat ordinaire qui engendrerait un contentieux judiciaire. Dans le régime féodal comme dans le régime administratif actuel la plainte en justice qui résulte de la violation des obligations acceptées par serment est remplacée par l'action disciplinaire (3). Une action civile n'aboutirait à rien puisqu'il n'y a pas violation d'un contrat civil et dommage appréciable en argent (4) ; au contraire, les tribunaux disciplinaires (5) peuvent appliquer une sanction efficace : suspension ou révocation. L'action disciplinaire est précisément ce qui distingue le sujet du fonctionnaire : l'un et l'autre sont en effet liés avec l'Etat par un rapport de puissance publique, mais alors que le fonctionnaire voit ce rapport soustrait pour lui aux tribunaux de droit commun, le sujet au contraire y reste soumis. Il en était de même du

1. LABAND : *op. cit.*, I, p. 417.

2. JEANVROT : *La question du serment*, Paris, 1882 ; LABAND : *op. cit.*, p. 417 ; SCHULZE : *Preuss. Staatsrecht*, § 100, p. 317 et *Deutsches Staatsrecht*, § 130, p. 327 ; GERBER : *op. cit.*, p. 117 ; ZORN : *op. cit.*, p. 314 ; STENGEL : *Preussisches Staatsrechts* dans *Marquardsen*, II, 3, p. 145.

3. En Allemagne, voir : LABAND : *op. cit.*, I, p. 439-443.

4. LABAND : *op. cit.*, I, p. 441.

5. Pour leur organisation et leur fonctionnement réglés par la loi du 31 mars 1873, voir KAMMERER : *La fonction publique en Allemagne*, p. 255 et s.

vassal dont le rapport avec le suzerain était soumis à l'appréciation d'un tribunal disciplinaire composé de ses pairs.

Telle est la théorie du rapport de puissance présentée par Laband. Ce rapprochement avec le rapport féodal avait d'ailleurs déjà été indiqué par Schmitthenner pour qui « le service public repose sur un contrat non obligatoire cependant, mais qui est la *causa precedens* de la nomination comme le contrat féodal précédait l'investiture du fief » (1). Gerber lui-même l'a également signalée (2). S'emparant de cette idée, Laband l'a développée et est passé de l'indication d'une analogie à l'affirmation d'une identité entre la fonction publique et le rapport de vassalité (3) ; sa théorie a été partagée par Schulze (4).

Critique du rapport de vassalité. — Nous n'avons pas à revenir sur la première partie de la théorie de Laband, dans laquelle, comme Seydel et Laferrière, il montre que la collation d'une fonction publique est un acte contractuel. Nous avons en effet démontré qu'il n'y avait pas de contrats de droit public, et que, même si des contrats de cette nature avaient existé, la fonction publique n'aurait pu prendre place dans cette catégorie d'actes juridiques, parce qu'elle n'est plus de droit public quand elle se présente sous la forme contractuelle.

Si le *mundeburnium* a revêtu la forme d'un contrat, si la

1. SCHMITTHENNER : *Staatsrecht*, p. 509.

2. GERBER : *op. cit.* p. 116, note 1.

3. LABAND : *Staatsrecht des deutschen Reiches*, 3^e édit., Fribourg, 1895, T. I, p. 386 et s.

4. SCHULZE : *Deutsches Staatsrecht*, I, § 128, p. 316 et s. ; voir encore HARSEIM : article « *Beamte* » dans le *Handwörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts* de STENGEL, I, p. 136 ; PERELS UND SPILLING : *Reichsbeamten-gesetz erlautert*. Berlin, 1890, p. 5.

vassalité qui en est sortie a pu faire l'objet d'un contrat, elle n'a pu être l'objet que d'un contrat de droit privé, parce qu'il n'y avait plus à cette époque de droit public. La puissance publique, objet du droit public, était de venue patrimoniale, c'est-à-dire objet de propriété privée. Mais aujourd'hui la puissance publique de patrimoniale est devenue nationale, insusceptible de droits privés, et par suite d'être l'objet de contrats.

La contradiction entre le caractère de puissance publique et la notion de contrat est encore plus flagrante chez Laband que chez Seydel ou chez M. Laferrière, car ce contrat engendre précisément un rapport de puissance unilatérale au lieu du régime légal contractuel des auteurs précédents.

On a essayé de se tirer de cette contradiction et de montrer que d'un contrat pouvait résulter autre chose qu'un rapport contractuel. Déjà Schmitthenner disait que le contrat de fonction publique est absolument indépendant du régime de la fonction publique ; il n'en est que la *causa precedens*, mais le rapport reste un rapport légal et de puissance unilatérale (1).

La nomination et le régime de la fonction seraient deux faits juridiques indépendants. En effet, dit Haenel (2), « la volonté de l'être qui se soumet à une puissance étrangère est bien la cause juridique de ce rapport de domination, mais non pas de son maintien, de la continuation de son existence ; et ce rapport de droit contractuel quant à sa naissance ne l'est pas quant à son contenu » (3). C'est là

1. SMITTHENNER, *op. et loc. cit.*

2. HAENEL : *Deutsches Staatsrecht*, I, p. 35.

3. Telle est également la théorie de ROSIN : *Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung*, p. 32-35, qui l'applique aussi aux rapports internationaux, ainsi que celle de JELLINEK : *Staaten-*

une théorie générale du droit qui a même des applications dans le droit privé. C'est ainsi que Schulze, qui la défend, cite, comme exemple d'un semblable rapport de droit, le mariage qui, selon lui, se forme par contrat, mais qui, une fois formé, continue à produire des effets indépendamment de la volonté des parties contractantes, et engendre un rapport de puissance analogue du mari sur la femme (1). De même, pour ces auteurs, jusqu'à l'entrée en fonction, il n'existe entre l'Etat et le fonctionnaire que des liens contractuels ; ce sont ceux créés par la nomination, contrat constitué par l'offre et l'acceptation de la fonction. Jusque là, c'est donc le droit contractuel qui est applicable aux relations du fonctionnaire et de l'Etat. Mais avec l'entrée en fonction, par l'installation du fonctionnaire se trouve accomplie la dernière condition préliminaire dont la réalisation est nécessaire pour que puisse s'effectuer la formation juridique nouvelle. Dès lors, c'est le régime légal de puissance publique qui va régir la fonction : l'ordre hiérarchique en est la manifestation.

On prétend ainsi expliquer fort bien pourquoi il est nécessaire que les deux volontés de l'Etat et des fonctionnaires concourent à la formation de la fonction, et pourquoi cependant la fonction publique est un régime juridique, unilatéral et de puissance publique, dont le maintien, l'abrogation, la modification ne dépendent plus que de la volonté de l'Etat qui peut arbitrairement déplacer, suspendre, révoquer, priver de traitement le fonctionnaire. Il y a, en effet, deux régimes successifs.

verbindungen, p. 259 : « Il peut être créé par contrat des rapports de droit d'essence plus élevée que celle d'un rapport purement d'obligation contractuelle ».

1. SCHULZE : *op. cit. Einleitung*, p. 205 n^o 1. Nous avons vu au contraire que le mariage n'est pas un contrat (M. LARNAUDE, à son cours).

On ne peut objecter, ajoute-t-on, que c'est revenir à un état de fait, de sujétion à la puissance publique comme celui du citoyen, théorie acceptée par M. Larnaude et Gerber, parce que, si le second régime n'est pas la suite, l'effet de la nomination, il n'a plus de base juridique. En effet, répond Schulze, dans tout contrat les obligations acceptées par les parties et par suite, le contrat lui-même, s'éteignent par leur exécution ; mais cela n'empêche pas que la situation nouvelle des parties ne repose en réalité sur une base juridique le contrat qu'elles avaient conclu. De même pour la fonction publique, le contrat disparaît, mais seulement après l'entrée en fonction, c'est-à-dire après que son effet a été produit ; le contrat avait pour but l'investiture d'une fonction publique donnée à un individu par l'installation du fonctionnaire dans la fonction et par la prise de possession de celle-ci par le fonctionnaire ; les obligations contractuelles de l'une et de l'autre partie ont été remplies, le contrat a produit tout son effet, il n'a plus qu'à disparaître. Et il faut qu'il disparaisse puisque les rapports qui vont naître entre l'Etat et ses agents sont des rapports de domination et de subordination non des rapports contractuels. Le contrat fait donc place à la loi ; mais comme il ne disparaît que quand il a produit tout son effet, comme sa disparition est la conséquence nécessaire du contenu de ce contrat conclu dans le but de faire naître la fonction et de cela seulement, il reste vrai de dire que cette fonction est issue du contrat. Le régime légal de puissance publique auquel est soumis la fonction a donc une base juridique dans le contrat de nomination.

Et il n'y a pas contradiction, ajoute-t-on (1), car on ne dit pas comme M. Laferrière que la fonction repose sur une

1. SCHULZE : *l. c.*

base à la fois contractuelle et de puissance publique, ce qui serait allier deux notions de nature complètement différente et s'excluant l'une l'autre. Les deux régimes sont successifs : le régime contractuel s'évanouit lors de l'installation ; quand on prend la fonction en exercice, elle n'a plus qu'une base, la loi ; mais cette loi elle-même est celle que les parties ont eu en vue en passant le contrat de fonction publique ; après avoir été la loi du contrat, elle s'est trouvée élevée à l'état de LOI PUBLIQUE après la disparition du contrat, au moment de la mise en œuvre de la fonction. Il est donc vrai de dire que, si la fonction repose immédiatement sur la loi et est soumise à un régime unilatéral, elle repose médiatement sur le contrat passé entre le particulier et l'Etat dans le but de faire du premier le titulaire d'une fonction publique et en vue d'arriver au régime de puissance publique.

Malgré tous les efforts d'une théorie ingénieusement élaborée pour éviter la contradiction, il est impossible de séparer ainsi en deux périodes successives le régime légal de la fonction publique. L'un et l'autre régime resteront toujours unis par le lien le plus puissant qui existe, le rapport de causalité. Or, ainsi que le fait remarquer Liebe (1), « d'un accord contractuel ne peut résulter qu'un régime contractuel » ; le rapport est, nous dit-on, né d'un contrat ; les deux volontés ont été d'accord sur le mode de modification ou de résolution de la convention : elles sont concordantes pour le mode de création des droits et pour le mode de leur extinction ; la convention, ses modifications, sa résiliation sont ainsi soumises aux mêmes conditions, au même régime volontaire. Le régime est donc identique au moment de sa naissance et au moment de sa cessation ; il

1. LIEBE : *Staatsrechtliche Studien*, p. 17.

s'agit donc d'une même règle de droit permanente. La fonction publique, si l'on admet avec la plupart des auteurs, sauf Löning et les théoriciens de la contrainte légale, pour le fonctionnaire la liberté de se démettre à chaque instant de sa fonction, basée au moment de sa formation sur un accord de volontés, repose également sur l'accord des mêmes volontés jusqu'au moment de la démission : la fonction suppose un accord permanent de volontés, c'est-à-dire un régime contractuel. D'un contrat de nomination ne peut résulter qu'un régime contractuel de fonction publique.

Si donc le rapport, comme le montre Laband est un régime légal de subordination, exclusif par conséquent de la liberté du fonctionnaire dans l'exercice de la fonction, il ne constitue pas un lien contractuel, et par suite la nomination elle-même n'a pas le caractère d'un contrat.

C'est la conclusion que nous avons déjà antérieurement posée après avoir montré qu'il n'y avait pas de contrats de droit public.

La première partie de la théorie de Laband reposant sur une contradiction est donc à repousser.

Quant à la seconde partie, au rapport de puissance publique, on ne peut à tous les points de vue, malgré l'ingéniosité des auteurs, l'assimiler au rapport de vassalité.

Le lien qui unissait le vassal à son suzerain n'était pas comme le prétend Laband, un lien essentiellement personnel (1). Dans la réunion des deux institutions carolingiennes du *beneficium* et de la *commendatio* qui ont formé le contrat de fief, au début, ce fut bien le lien personnel qui devint la cause de la concession du droit réel ; mais dans la suite, c'est plutôt la concession du bénéfice qui a engendré le rapport de vassalité entre le propriétaire du domaine émi-

1. En ce sens voir également FLACH : *Origines*.

nent et celui du domaine utile (1). C'est même l'hérédité du droit réel qui a fait l'hérédité du lien personnel, suivant « une évolution naturelle qui tend à se produire partout où le droit sur la terre a pris d'abord la forme d'une tenure à temps où à vie » (2) et on a pu dire, comme l'a très savamment montré M. Esmein, que, dès le ^x^e siècle, l'hommage n'est dû qu'à raison de la possession du bénéfice, et non par suite du rapport personnel de vassalité (3).

En admettant même le caractère personnel du contrat de fief, nous ne pouvons admettre l'assimilation absolue entre les obligations engendrées par le rapport de vassalité et celles que crée le rapport de fonction publique. Les premières se résument dans le devoir de fidélité. Laband, il est vrai, ramène toutes les obligations du fonctionnaire au devoir de fidélité et d'obéissance. Mais c'est là une vue incomplète. Ou bien il y a autre chose dans les obligations du fonctionnaire, et alors l'assimilation ne peut plus être faite avec le rapport de vassalité; ou bien il n'y a que cette obligation générale de fidélité et alors on ne peut distinguer le rapport de fonction publique du lien qui unit le sujet à l'Etat ou l'employé particulier à son patron. La vérité, c'est que le devoir de fidélité et d'obéissance est commun à des situations juridiques multiples la qualité de sujet, d'employé, d'épouse, de fils, emporte devoir de fidélité ou d'obéissance envers l'Etat, le patron, le conjoint, le père. Il y a dans le rapport de fonction publique d'autres obligations qui le caractérisent et le différencient de celui de vassalité. Les obligations du vassal étaient surtout négatives; celles du fonctionnaire

1. C'est la théorie de M. ESMEIN : *Histoire du droit*, 3^e édit., p. 185 et s. ; *Nouvelle Revue historique*, 1894, p. 524.

2. ESMEIN : *Nouvelle Revue historique*, 1894, p. 524.

3. ESMEIN : *l. c.*, p. 532-535.

sont essentiellement actives; le devoir d'exercer sa fonction au mieux des intérêts de l'Etat, l'obligation à la résidence, à l'assiduité, sauf en cas de congé régulier, le secret professionnel, les restrictions nombreuses que subissent ses droits politiques, constituent des obligations plus étendues et plus strictes que le simple devoir de fidélité et de soumission à l'autorité publique qui incombent au citoyen et qui liaient le vassal (1).

D'autre part, le contrat de *mundeburnium*, pacte d'amitié, plus tard le contrat de fief, était une faveur accordée au sujet, et se concluait dans l'intérêt du protégé, du vassal; celui-ci n'avait que des devoirs intermittents dont même il s'affranchit rapidement, il recevait en échange des terres à exploiter, des perceptions d'impôts, une délégation d'autorité sur les serfs. Au contraire, la fonction publique n'existe que parce qu'elle est nécessaire à la vie de l'Etat et par conséquent l'intérêt qui est surtout en jeu, c'est celui de l'Etat.

Il est encore inexact de dire que le serment crée la fonction comme l'hommage féodal engendrait la vassalité. C'est la nomination qui fait le fonctionnaire. Sans doute le serment est souvent une des formalités nécessaires de l'installation, mais nous avons déjà eu l'occasion de dire que beaucoup de législations et entre autres la nôtre par le décret du 5 septembre 1870 avaient aboli le serment politique de fidélité à la constitution, c'est-à-dire celui-là même qui engendre le devoir de fidélité. Il ne reste plus qu'un serment professionnel, encore n'est-il pas exigé pour toutes les fonctions, et a-t-il trait non au devoir général de fidélité politique, mais aux obligations spéciales de la profession. Comment alors Laband peut-il expliquer la naissance du rapport de puis-

1. Voir FERRAND : *Des avantages et obligations des fonctionnaires de l'Etat*. Paris, 1882, p. 298 et s.

sance ? Inversement il y a des serments identiques à celui du fonctionnaire prêtés par des individus qui n'ont pas cette qualité, par les avocats par exemple. Est-ce que ce serment engendre un rapport de puissance ?

Il est enfin une différence capitale qui sépare la nature du rapport de vassalité et celle de la fonction publique. Celle-ci est temporaire et libre, c'est-à-dire que le fonctionnaire peut refuser ou accepter la fonction qui lui est offerte ou même donner sa démission après l'avoir acceptée, et cela à toute époque (1). Tel est du moins l'avis de Laband (2), et cela nous suffit. Or le contrat de fief devint au contraire perpétuel et irrévocable : il fut perpétuel parce que la terre bénéficiale et la vassalité se transmirent de plein droit aux héritiers du vassal qui naissaient eux-mêmes vassaux du suzerain (3) ; il fut irrévocable car, une fois l'hommage prêté, le vassal ni le suzerain ne se pouvaient dégager des liens qui les unissaient sans que les deux parties fussent d'accord. Le vassal ne recouvrait sa liberté que quand le suzerain manquait à son devoir de protection ou lui refusait justice. Rien de tout cela ne s'applique à la fonction publique : l'Etat peut toujours révoquer son agent ; celui-ci peut toujours démissionner, mais il ne peut désertier son poste même si l'Etat manquait à une de ses obligations (4).

Nous devons donc écarter la théorie de Laband : elle repose sur une contradiction fondamentale en donnant à la

1. LÖNING : *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrecht*, p. 134, note 1, ainsi que les théoriciens de la contrainte légale sont seuls à la nier.

2. LABAND : *op. cit.*, I, p. 401.

3. Il est vrai que le temps n'est pas éloigné où en Russie le fils de certains fonctionnaires était obligé de devenir fonctionnaire.

4. On a vu cependant le fait se produire à Berlin pour un ambassadeur turc qui n'avait pas reçu son traitement depuis de longs mois.

fonction une base à la fois contractuelle et de puissance publique ; elle se base sur une assimilation fausse historiquement entre le rapport de fonction et la vassalité qui comportait des obligations moins étendues et était exclusive de la liberté du protégé. Le rapport de puissance publique excluant toute idée contractuelle, il faut donc logiquement voir dans la fonction aussi bien dans sa formation que dans son exercice, l'obéissance à un ordre de l'autorité : c'est ce qu'ont démontré les partisans de la contrainte légale, et les auteurs du rapport spécial de puissance.

§ 2. — *Théorie de la contrainte légale.*

L'Etat, abstraction, ne peut remplir son rôle politique et social que par l'intermédiaire d'agents humains qui mettent à son service leurs connaissances techniques ou leur activité politique. Ils sont donc, pour l'Etat qu'ils incarnent en quelque sorte, d'une nécessité absolue, puisque sans eux l'Etat ne serait qu'une pure abstraction et n'existerait pas dans le monde physique. L'existence de l'Etat a été voulue par la nation ; elle devient donc la loi suprême devant laquelle tout doit s'incliner : *salus populi suprema lex esto*. Tout ce qui est nécessaire à cette existence devient une obligation pour les membres de la nation et un droit pour l'Etat. De même que l'Etat peut exiger des citoyens la prestation d'impôts pour subvenir aux services publics ou la cession de leur propriété pour l'exécution de travaux publics, de même il a le droit d'imposer aux citoyens des prestations de services nécessaires à sa vie, d'exproprier en quelque sorte à son profit leur activité sociale. Il y a ainsi, en vertu de l'existence même de l'Etat une obligation pour le citoyen au service public.

Les théoriciens du contrat social ne manquent pas d'ajou-

ter quand ils partagent cette théorie, qu'en passant ce contrat, fondement de la société, le citoyen s'est engagé implicitement à faire vivre la société ainsi créée et par suite à subir toutes les charges que cet état de droit lui impose, en particulier, le service public (1).

Cette obligation se perpétue par le fait même que le citoyen continue à vivre dans l'Etat et à profiter de ses avantages.

Elle n'est d'ailleurs pas injuste et ne rompt pas l'égalité de tous les citoyens. De même en effet que le citoyen exproprié de son domaine reçoit une indemnité équivalente, de même celui qui se voit disponible de son activité au profit d'un service public, reçoit un traitement proportionné à la valeur du travail fourni.

Telle est la théorie qui se dégage du contrat social et qui après Rousseau en France, a été soutenue en Allemagne par Malacord (2), Seuffert (3), Gönner (4).

« Quiconque, dit Seuffert, est né dans l'Etat et a l'intention d'y rester, s'engage tacitement, en échange des avantages qu'il retire de sa participation à la société, à servir

1. ROUSSEAU : *Contrat social*, liv. I, ch. VI. « Les clauses (du contrat social) se réduisent toutes à une seule, savoir : l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à la communauté ».

1. ROUSSEAU : *Contrat social*, liv. II, ch. IV, édit., Dreyfus-Brissac, Paris, 1896, p. 55-56 : « *Tous les services qu'un citoyen peut rendre à l'Etat il les lui doit sitôt que le souverain les demande* ». Cf. SEUFFERT : *op cit.*, § 7, p. 17.

2. MALACORD : *De publicis officiis absque justa causa ejusque legali cognitione non auferendis*. Göttingen, 1788.

3. SEUFFERT : *Von dem Verhältnisse des Staats und des diener des Staats gegeneinander in rechtlichen und politischen Verstande*. Wurzburg, 1793.

4. GÖNNER : *Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkte des Rechts und der Nationalökonomie*. Landshut, 1808.

l'Etat, c'est-à-dire à concourir selon ses forces au grand but final de l'Etat » (1).

L'Etat peut donc contraindre tous les citoyens au service public ; sans doute, il ne le fera pas pour tous, mais de ce fait qu'il a le droit d'y contraindre chacun, celui qui sera l'objet d'une telle réquisition ne pourra s'en plaindre et objecter que l'Etat peut s'adresser à d'autres. L'Etat en effet ayant le droit de choisir, doit choisir les plus aptes : « quand l'accomplissement d'un besoin de l'Etat n'exige que le concours d'une seule force, c'est celui qui la possède qui est tenu de la fournir » (2), comme c'est celui qui possède le terrain nécessaire à tel travail public et non le propriétaire voisin qui est soumis effectivement à l'obligation de le céder.

D'ailleurs l'égalité de tous les citoyens mise un instant en échec par l'obligation *individuelle* au service public est rétablie par le paiement d'une juste indemnité.

Et pour Seuffert comme pour Rousseau, la base de cette obligation est dans le contrat social (3).

L'auteur cependant n'est pas logique, lorsqu'après avoir établi le droit unilatéral de contrainte au service public, il le transforme en lui donnant non pas un effet absolu, mais seulement un effet relatif, celui de modifier le contrat de

1. SEUFFERT ; *op cit.*, § 3, p. 9. Cf. MALACORD : *op. cit.*, § VII, p. 8 : « Et si etiam admittatur casus ejus modi rarissimus, subditi licet coacti consensus necdum excluditur nam tacite saltem in pacto subjectionis consentit, se non res suas tantum, sed et personam cum omnibus tuis facultatibus in salutem civitatis adhibere velle ».

2. SEUFFERT : *op. cit.*, § 5, p. 10.

3. SEUFFERT : *op. cit.*, § 7, p. 17 : « Où est la base de l'obligation de tous à ce service public et de chacun à un service déterminé ? Elle est dans le contrat formel ou spécial que chacun passe avec l'Etat entier, contrat par lequel il s'oblige dans l'intérêt public dont est chargé l'Etat à contribuer selon ses forces à son maintien ».

l'Etat et du fonctionnaire et d'en faire un contrat *sui generis* (1) : c'est oublier que la contrainte exclut la liberté du consentement et par suite la possibilité d'un contrat.

C'est pourquoi ceux qui ont repris la théorie de Seuffert l'ont complètement dégagée de l'influence des théories contractuelles ; Gönner (2) écarte les conséquences juridiques qui pourraient résulter du consentement. « Le prince, dit Gönner, a le droit de satisfaire à tous les besoins de l'Etat avec les forces unies de l'Etat ; il réclame de ses sujets les prestations de services nécessaires *sans se préoccuper de leur consentement* ; il ne se comporte pas plus en contractant vis-à-vis de ses sujets pour ce qui touche le service public que pour ce qui touche les impôts » (3). Devenir fonctionnaire, c'est donc obéir à un ordre.

L'auteur se préoccupe surtout de l'idée fondamentale du contrat social, dont il se fait d'ailleurs l'apôtre, à savoir que l'égalité des citoyens ne peut être rompue : il démontre qu'elle ne l'est, ni en faveur ni au détriment d'aucun d'entre eux.

L'égalité n'est pas détruite au profit de celui qu'on contraint au service public ; si le fonctionnaire acquiert des prérogatives de puissance publique et un droit de commandement sur les autres citoyens, si le fonctionnaire hiérarchique reçoit un droit d'autorité disciplinaire sur son agent subalterne, cependant le fonctionnaire reste juridiquement l'égal des autres citoyens ; le supérieur hiérarchique n'est pas, devant le droit, privilégié par rapport à son subordonné parce que « l'égalité de droit ne consiste pas en ce que chacun fasse des actes de même nature, mais en ce

1. SEUFFERT : *op. cit.*, § 15, p. 26.

2. GÖNNER : *Der Staatsdienst*. Landshut, 1808, analysé dans RHEM : *op. cit.*, 1^{re} partie, ch. III, § 18, p. 68-85.

3. GÖNNER : *op. cit.*, § XVI, p. 51.

qu'il coopère à la gestion publique dans la mesure de ses capacités » (1). L'Etat ne demande pas plus à celui qui lui fournit un travail manuel qu'à celui qui lui donne un travail intellectuel, ou qu'à celui qui lui paie un impôt équivalent.

L'égalité n'est pas davantage rompue au détriment du fonctionnaire, puisqu'il est indemnisé de l'expropriation de ses services, et que son traitement, payé par tous les citoyens proportionnellement à leurs forces imposables, est en rapport avec la qualité des services rendus. Ainsi le fonctionnaire supérieur touchera un traitement plus considérable que son garçon de bureau ; l'expropriation d'un capital intellectuel dans les fonctions techniques porte en effet un préjudice plus considérable, car son acquisition a coûté plus de dépenses que celle d'un travail purement manuel(2).

La théorie de Gönner a eu un grand succès durant la première partie du xix^e siècle, pendant laquelle Rousseau régna en maître en Allemagne (3) : elle a été partagée par Karl Salomon Zacchariae (4), Heffter (5), Dahlmann (6), Perthes (7) ; malgré que beaucoup d'auteurs contemporains défendent en Allemagne la théorie de l'acte unilatéral, la plupart ont abandonné l'idée de contrainte ; Löning n'accepte pas cependant pour le fonctionnaire la

1. GÖNNER : *Der Staatsdienst*, p. 53.

2. GÖNNER ; *op. et loc cit.*

3. Voir RHEM : *op cit.*, p. 96 et s.

4. K. S. ZACCHARIÄ : *Vierzig Bücher vom Staat*, 2^e édit., 1842, 35^e liv., p. 201-210.

5. HEFFTER : *Beiträge zum deutschen Staats recht*. Berlin, 1829, p. 126.

6. DAHLMANN : *Die Politik auf den Grund und das Mass der gegebenen Zustand Zurückgeführt*, 3^e édit. Leipzig, 1847, p. 271-280.

7. PERTHES : *Der Staatsdienst in Preussen*. Hambourg, 1838.

liberté de se retirer à son gré du service public parce que, comme le montre Gönner, il obéit à un ordre de puissance publique qui devient obligatoire tant qu'il n'est pas retiré (1).

Les conséquences de cette théorie sont faciles à apercevoir.

C'est, d'une part, l'impossibilité pour le fonctionnaire qui n'a pas accepté librement sa fonction de la résilier quand il le veut. En effet il obéit à une obligation légale ; tant que cette obligation subsiste il y reste soumis. C'est la loi qui détermine les circonstances dans lesquelles il pourra reprendre sa liberté : par exemple, en cas de vieillesse, de maladie (2).

C'est, d'autre part, le caractère facultatif du traitement. Avec la théorie de l'obligation légale unilatérale le traitement n'est pas un droit déterminé pour le fonctionnaire. En effet celui-ci ne peut pas l'exiger comme contre-partie de ses services puisqu'il est contraint de les prêter ; il ne peut même le stipuler vis-à-vis de l'Etat, puisqu'il ne contracte pas avec lui ; ce n'est qu'en vertu du principe supérieur de droit public qui consacre l'égalité des citoyens et du principe général du droit qui veut qu'on soit indemnisé des pertes éprouvées par le fait d'autrui que le fonctionnaire pourra réclamer une indemnité : celle-ci comportera à la fois les dépenses que l'employé aura faites dans la gestion de son service et la perte qu'il aura éprouvée par suite de l'impossibilité dans laquelle il s'est trouvé d'employer ses services à la gestion de ses affaires ou de celles d'autrui (3). Seulement, c'est la loi qui fixe d'une manière générale cette indemnité.

1. LÖNING : *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrecht*, 1884 p. 134 et note 1.

2. LÖNING : *op. et loc. cit.*

3. GÖNNER : *op. et loc. cit.* C'est exactement la théorie de l'indemnité en matière d'expropriation.

On a vu dans l'histoire des applications de cette théorie.

Dans le Bas-Empire romain, les fonctions de décurion étaient obligatoires. C'est que soumis à des charges nombreuses d'intérêt local ou général, les décurions étaient, en outre, responsables pécuniairement et solidairement de l'exécution de ces charges et en particulier de la rentrée de l'impôt (1). Leurs biens répondaient de leur gestion et ils ne pouvaient les aliéner. Aussi cette fonction était-elle peu enviée et cherchait-on à s'y soustraire de toutes manières ; il fallut que la loi imposât ces charges à certains citoyens qui la transmettaient héréditairement (2), en ligne masculine (3), de père à fils (4), en sorte que tout fils de décurion devient de plein droit, en vertu de cette loi, décurion lui-même dès l'âge de 18 ans.

Dans le droit moderne on trouve parfois des dispositions législatives analogues.

En France, l'obligation au service public, sous l'influence des théories de Rousseau qui sur bien des points ont inspiré la législation intermédiaire, a fait l'objet d'une déclaration toute platonique dans le préambule du décret du 3-22 août 1790. « L'Assemblée nationale considérant que chez un peuple libre servir l'Etat est un devoir que tout citoyen est *tenu* de remplir et qu'il ne peut prétendre de récompense qu'autant que la durée, l'éminence et la nature de ses services lui donnent des droits à une reconnaissance particulière de la nation... »

On cite bien les fonctions de témoin, de tuteur, de soldat, de juré, qui sont obligatoires et auxquels on ne peut se

1. Voir WILLEMS : *Le droit public romain*, 6^e édit., p. 584 et s.

2. CODE THEODOSIEN : XII, 1, 13, 50, 118, 122, 159, 178.

3. *Ibid.* : XII, 1, 137.

4. *Ibid.* : XII, 1, 101, 125, 164.

5. *Ibid.* : XII, 1, 7, 19, 58.

soustraire sans excuses jugées valables, mais nous pouvons dire de suite que ce ne sont pas là des fonctions qui rentrent dans la définition que nous avons donnée de la fonction publique.

A l'étranger on trouve des cas plus fréquents de contrainte. En Prusse, en vertu de l'ordonnance sur les cercles (1) (*Kreisordnung*) les électeurs d'un cercle rural ne peuvent, une fois élus régulièrement, se soustraire à l'obligation d'exercer les fonctions de membre du comité de cercle (*Kreisausschuss*) ou celles de chef de canton (*amtsvorsteher*).

En Saxe la loi du 21 avril 1873 (2) permet d'imposer ces mêmes fonctions à l'un quelconque des habitants ou propriétaires fonciers du canton.

Des lois analogues existent dans le Grand-Duché de Bade (3) pour les conseillers de canton, dans le Grand-Duché de Hesse pour les membres du comité de cercle (4); et en Bavière pour toutes les fonctions gratuites (5).

En Suisse c'est même une règle générale et traditionnelle : Dans le canton d'Appenzel, la reconnaissance de l'obligation au service public fait encore partie du serment des fonctionnaires communaux. Elle est inscrite dans la Constitution de Lucerne (6), dans la loi d'administration communale du canton de Zurich du 24 juin 1875 (7), dans

1. § 8. Voir KAMMERER, *op. cit.*, p. 161.

2. a. 14, 30.

3. Loi du 5 octobre 1863, § 3.

4. Loi du 12 juin 1874, a. 7.

5. Loi municipale (*Gemeindeordnung*), art. 172, al. 1.

6. A. 13 : « Les citoyens sont, en règle, tenus d'accepter les fonctions qui leur sont dévolues par les votes immédiats du peuple ».

7. A. 77. Voir sur tous ces points : ORELLI : *Staatsrecht des Schweizerischen Eidgenossenschaft* dans le *Recueil de Marquardsen*, 1^{re} édit., 1885, IV, 2, 2, p. 116.

la loi d'Uri du 4 mai 1890 sur l'organisation cantonale et communale (1).

En Russie le fils de fonctionnaires étaient autrefois tenus de devenir fonctionnaires. Depuis la fin du règne de Nicolas I, cette obligation a disparu (2).

Cependant la théorie de la contrainte légale est aujourd'hui à peu près abandonnée ; elle a suivi dans son déclin la théorie du contrat social.

D'abord même dans les cas précités où la législation l'a sanctionnée, l'obligation au service public est à peu près toute théorique car en fait, aujourd'hui dans toutes les fonctions il y a plus de candidats que de postes vacants (3) et l'obligation ne peut être imposée qu'en l'absence de candidats (4). Si dans un service public d'intérêt général, en particulier dans un service d'Etat les candidats venaient à manquer ce n'est pas par la voie de la contrainte que l'Etat pourvoierait à cette pénurie, ce serait pas des faveurs nouvelles, augmentation de traitement ou distinctions honorifi-

1. Loi du 4 mai 1890, a. 1 : « Tout habitant éligible est tenu de remplir pendant toute la durée légale de l'emploi les fonctions qui lui sont confiées par l'assemblée cantonale, le conseil cantonal ou une assemblée communale ». La sanction de cette obligation est une amende de 200 à 1.000 francs (a. 14).

2. ENGELMANN : *Staatsrecht des Kaiserthums Russland* dans le *Recueil de Marquardsen*, 1^{re} édit., 1885, IV. 2. 1, § 99, p. 134.

3. C'est ce que remarquait déjà SALOMON ZACCHARIÆ en 1842 : « Bien que l'Etat ait le droit de contraindre ses concitoyens à exercer un office, cependant en règle générale il les laisse libre d'entrer ou non à son service et d'y rester. » *op. cit.*, p. 204 ; cf. PERTHES : *op. cit.*, p. 54.

4. DE GROS : *Lehrbuch des Philos. Rechtswissenschaft* : « On ne peut contraindre quelqu'un à remplir un emploi qu'autant qu'il n'est pas possible de trouver d'autres personnes capables et de bonne volonté. Passé cette nécessité, des fonctions ne devraient être imposées à personne. » Cité par J. TISSOT : *Droit public*, append. VI, T. I, p. 626.

ques qu'il chercherait à attirer dans ce service les citoyens qui le peuvent remplir. Aujourd'hui l'individu est en règle générale libre d'accepter ou de refuser une nomination.

Les exemples précédemment cités de lois créant une obligation légale à la fonction publique ne sont pas en réalité des applications de la théorie de la contrainte.

D'abord ils ont trait uniquement à des fonctions d'honneur et très rémunérées ; leurs titulaires n'ont pas la qualité de fonctionnaires ; les conseillers de cercle en Allemagne correspondent à nos conseillers d'arrondissement ou conseillers généraux. Ces fonctions sont temporaires, gratuites et en dehors des cadres administratifs de chaque ministère ; les conseils administratifs ne concourent pas à l'application des lois ou à la gestion des intérêts généraux en exécution des ordres hiérarchiques du pouvoir exécutif. En France, les soldats, les jurés ne sont pas des fonctionnaires.

Il n'y a pas de texte qui crée une contrainte analogue pour un fonctionnaire de carrière ; or la liberté est le principe des rapports juridique entre les individus et même avec l'Etat ; il faudrait donc un texte général pour imposer cette contrainte comme il a fallu une loi générale pour lui imposer le service militaire ou l'expropriation pour utilité publique. Or ce texte n'existe pas et n'a jamais existé en France. La déclaration de 1790 toute platonique n'a jamais passé dans une disposition légale déterminée. Aucune sanction n'a été créée pour établir une semblable obligation aussi lourde que peut être celle au service public, et les déclarations de droit nous garantissent contre un pareil attentat à la liberté individuelle.

De plus le caractère exceptionnel des lois spéciales qui ont imposé une contrainte de cette nature ne fait que confirmer l'absence d'un principe général de l'obligation au service public.

Même dans ces cas exceptionnels, on ne saurait dire qu'il y a une application de la théorie du contrat social. En France, elle ne touche pas les fonctionnaires. En Allemagne et en Suisse il ne s'agit généralement que de la qualité de membre d'un conseil administratif. D'ailleurs le refus d'obéir à une de ces obligations au service public n'entraîne pour son auteur qu'une simple amende pécuniaire (1) et parfois l'inéligibilité à d'autres fonctions publiques (2). Mais il n'y a jamais contrainte d'agir comme pour le service militaire. La sanction est inefficace, l'amende est une clause pénale ou un dédit, qui d'ailleurs en fait n'est guère appliquée ; l'inéligibilité met le comble aux vœux de celui qu'elle atteint. Pour qu'il y ait contrainte réelle, il faudrait que le refus de service public constitue un délit, comme en France le refus de siéger dans une cour d'assises et qu'une condamnation pénale atteigne le délinquant ou le contraigne à remplir effectivement la fonction.

On peut donc dire que non seulement en France, mais même dans les pays étrangers il n'y a pas en droit ni en fait contrainte générale au service public.

L'Etat ne pourrait d'ailleurs l'établir ni en fait ni en droit.

En effet, il n'a de droits de puissance publique que sur ses nationaux ; sur les étrangers qui habitent son territoire il n'a que des droits de police ou de sûreté ; à l'égard de ses nationaux hors de son territoire il conserve ses droits mais n'a plus aucune puissance coercitive ; sur les étrangers fixés à l'étranger il n'a ni droit de souveraineté ni droit de coercition. Or si c'était en vertu d'une contrainte légale au

1. En Bavière l'amende est de 45 à 270 marcs ; en Prusse, elle consiste dans l'augmentation d'un quart des impôts directs ; en Suisse (loi d'Uri) dans une amende de 200 à 1.000 francs.

2. En Prusse la durée de cette inéligibilité varie de trois à six ans.

service public que l'individu devient fonctionnaire de l'Etat, comment expliquer : 1^o qu'un étranger puisse être fonctionnaire en France, ce qui est un cas assez fréquent pour que des propositions de lois s'en soient préoccupé ; 2^o qu'un Français puisse être fonctionnaire en résidant à l'étranger, ce qui est le cas de tous les consuls ; 3^o qu'un étranger dans son pays puisse être fonctionnaire français, ce qui est le cas de beaucoup de consuls de classe inférieure, ou même en temps de guerre, que des consuls supérieurs étrangers soient chargés de la protection des intérêts français dans le pays avec lequel la France est en conflit. Sur tous ces individus l'Etat n'a pas le droit de contrainte et cependant il en fait des fonctionnaires.

En droit, l'Etat pourrait-il imposer cette obligation d'une façon générale et absolue ? Les théoriciens du contrat social, en soutenant l'affirmative, se rencontrent sur ce point avec ceux de l'école historique allemande qui défendent le droit supérieur et absolu de l'Etat. Le contrat social en effet, sous la forme d'un hymne à la liberté, est, a-t-on dit, le plus perfectionné des instruments d'oppression. Il livre à la volonté générale c'est-à-dire à la majorité électorale l'homme tout entier, sa conscience (1), ses biens (2), sa vie (3) : « comme la nature donne à chaque homme un pouvoir absolu sur ses membres, le pacte social donne au corps politique un pouvoir absolu sur tous les siens » (4). Mais en définitive c'est là le pouvoir absolu de la majorité électorale ; est juste ce que veut le plus grand nombre ; le Droit est le droit du plus fort.

Nous pensons que le Droit est tout autre chose. Il a son

1. ROUSSEAU : *Contrat social*, liv. IV, ch. VIII.

2. *L. c.*, liv. III, ch. IX.

3. *L. c.*, liv. II, ch. V.

4. *Loc cit.*, liv. II, ch. IV.

fondement dans la nature même de l'homme ; il a son but dans le développement harmonieux de toutes les facultés de l'homme, en particulier de sa volonté qui manifeste sa liberté. Le Droit est donc fait pour l'individu : il existe parce qu'il est nécessaire pour le développement de la liberté individuelle ; la raison de son existence détermine son but et l'étendue de son domaine : il ne peut imposer de restrictions à la liberté individuelle qu'autant que ces restrictions sont indispensables à la garantie même de la liberté. Or on ne peut soutenir qu'il est impossible d'assurer les services publics, d'établir l'état de droit, sans imposer cette restriction à la liberté individuelle que constitue l'obligation légale à la fonction publique : les faits prouvent que cette restriction n'est pas nécessaire ; il n'y a donc pas de raison pour la créer.

D'ailleurs le contrat social suppose lui-même que les droits de l'individu sont antérieurs et supérieurs à ceux de l'Etat : il n'est formé, dit Rousseau, que par l'aliénation des droits des individus en faveur de la collectivité. Les droits personnels préexistent donc aux droits collectifs. L'aliénation de la liberté individuelle, selon nous, n'est justifiée qu'autant qu'elle est partielle, et que la partie aliénée est destinée à consolider la partie qui demeure à l'individu.

Le Droit ne doit donc pas permettre une atteinte à la liberté aussi grave que celle de la contrainte légale au service public ; elle est théoriquement possible, mais elle n'est justifiée qu'autant qu'elle est indispensable, or nous avons constaté qu'il n'en était pas ainsi. Si elle était justifiée, il faudrait en tous cas qu'un texte général et précis crée cette obligation, la réglemente, la sanctionne.

Il n'y a actuellement rien de tel dans nos lois positives.

Nous croyons même que pratiquement son application serait pleine de difficultés. En effet, de même que dans une

expropriation, un jury spécial fixe et règle l'indemnité pour chaque parcelle du sol exproprié parce que chacune a une valeur différente, de même il serait logiquement et équitablement nécessaire de fixer, pour chaque fonctionnaire, l'indemnité qui lui est due pour l'expropriation de ses services, parce que la valeur de ces services varie avec chaque individu. Le traitement deviendrait ainsi personnel et subjectif (1) : il ne suffit même pas, comme le dit Gönner, de donner un traitement plus élevé au fonctionnaire à qui l'on réclame un service technique spécial ayant nécessité une instruction particulière qu'à l'agent à qui on ne demande que le travail d'un manoeuvre, parce qu'il y a en plus dans le premier cas expropriation des fruits d'un capital intellectuel ; il faudrait même distinguer entre les différents agents du même service technique. De plus la réquisition de ces services peut priver l'un d'une activité qu'il aurait mise au service d'une compagnie privée ou d'un particulier alors qu'elle nuit moins à un autre qui serait demeuré inactif. Si l'indemnité doit être personnelle, comment apprécier les multiples circonstances qui peuvent être des causes d'augmentation du traitement ?

Il convient donc de rejeter la théorie de la contrainte légale au service public : celui-ci gagnera beaucoup à ne pas être obligatoire, on ne sert bien que quand on sert volontairement. « La nature du service, dit Bluntschli, ne comporte pas une contrainte directe et une contrainte indirecte serait imparfaite dans ses effets. La liberté est la source normale de toute puissante activité (2) ». C'est pourquoi le Code civil a, dans l'exécution des contrats, renoncé à imposer l'obligation de faire.

1. GÖNNER : *op. cit.*, § XVII et s.

2. BLUNTSCHLI : *Théorie générale de l'Etat*, trad. Riedmatten, p. 460.

Nous concluons donc avec Seydel que, pour devenir fonctionnaire, « l'individu se présente vis-à-vis du titulaire de la souveraineté comme une personnalité indépendante et libre (1) ».

§ 3. — *Théorie du rapport légal spécial. M. Larnaude.*

Le citoyen, avons-nous dit, demeure libre d'accepter la fonction publique ou de s'en démettre après l'avoir assumée. Cependant nous avons vu que cette libre acceptation ne constituait pas un contrat (2).

Il résulte donc de la critique partielle que nous avons faite de la théorie contractuelle et de la théorie de la contrainte légale que la nomination demeure un acte unilatéral de l'Etat et que cet acte engendre un régime légal unilatéral (3) qui n'exclut pas la liberté pour le fonctionnaire de s'y soustraire.

Des auteurs ont constaté que ce régime légal n'était identique à aucun autre de ceux qu'étudient les jurisc-

1. SEYDEL : *Baierisches Staatsrecht*. Munich, 1896, II, p. 183.

2. M. LARNAUDE : à son cours.

3. Nous parlons du « régime légal unilatéral », malgré que cette expression semble constituer un pléonasme, pour le distinguer du « régime légal contractuel » c'est-à-dire du régime légal accepté par contrat de puissance publique tel que le présente M. Laferrière. Cet auteur en effet qui fait de la fonction publique un contrat ne nie pas du tout qu'elle fasse l'objet d'un régime légal : « les obligations (du fonctionnaire et de l'Etat) dérivent de la loi et non des contrats. Ni l'administration ni le fonctionnaire ne peuvent en général les modifier par des conventions particulières ; l'amovibilité ou la perpétuité du titre, la nature des services à rendre, le taux des traitements, les conditions du droit à la pension sont fixés pour tous les emplois de l'Etat par des actes législatifs auxquels il ne pourrait être suppléé ni dérogé par des contrats. » LAFERRIÈRE : *Juridiction administrative*, 2^e édit., Tome I, p. 619.

sultes, qu'il était différent du régime légal auquel sont soumis les citoyens vis-à-vis de l'Etat, la femme vis-à-vis du mari, l'enfant à l'égard du père et l'ont qualifié de « régime légal spécial ».

Telle est la théorie exposée en France à son cours par notre éminent professeur M. Larnaude (1), et partagée en Allemagne par Bluntschli (2), Gerber (3), Rönne (4), Zorn (5), G. Meyer (6).

Le service public, dit M. Larnaude, est un simple rapport légal basé sur la loi au même titre que le mariage ou l'adoption qui, selon lui, ne sont pas des contrats (7).

Le mariage, malgré qu'il soit né de deux consentements réciproques, n'est pas un contrat. Nos anciens légistes lui ont donné ce nom de contrat civil pour le soustraire aux règles du droit canon et le soumettre à la législation civile en ne laissant au premier que les règles du sacrement. Ils se sont fondés sur ce fait qu'un accord de volontés qui a des effets civils devait être un contrat civil (8).

Mais nous avons déjà montré que le rapport de mariage

1. LARNAUDE : *Cours de droit public général*, 1894-1895.

2. BLUNTSCHLI : *Théorie générale de l'Etat*, trad. Ried, p. 450 ets.

3. GERBER : *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, 3^e édit. Leipzig, 1880, p. 116-117.

4. RÖNNE : *Staatsrecht der Preussischen Monarchie*, 4^e édit. Leipzig, 1883, III, p. 406 ; *Deutsches Staatsrecht*, 2^e édit. Leipzig, 1876, I, p. 344.

5. ZORN : *Staatsrecht des deutschen Reiches*, 2^e édit., 1895, p. 304-305.

6. G. MEYER : *Deutsches Staatsrecht*, 4^e édit., 1895, p. 437.

7. Cf. GERBER : *op. cit.*, p. 116 note 1. Voir ci-dessus p. 262.

8. Des auteurs contemporains défendent encore la théorie du contrat : DEMANTE et COLMET DE SANTERRE : *Cours analytique de Code civil*, 2^e édit., T. I, n^o 204 ; BAUDRY-LACANTINIERE : *Précis de droit civil*, 6^e édit., n^o 314. — M. BOISTEL admet également que c'est un contrat, mais cet accord engendre cependant selon lui un état légal. *Cours de philosophie du droit*, T. II, p. 73-76.

comme celui d'adoption n'était pas un rapport contractuel, pour deux motifs : l'objet de l'acte juridique ne peut être une matière de contrat car les obligations qui en résultent, fidélité, parternité, sont des obligations morales et d'ordre public et social ; d'autre part, la forme et le fond sont entièrement régis par la loi qui statue impérativement sur les clauses et n'admet pas la résolution par dissentiment mutuel des volontés. « Le mariage, dit M. Lefèbvre, est une association volontaire, mais son statut nous apparaît presque entièrement déterminé par la loi comme statut impératif et d'ordre public » (1).

On doit en dire autant de la naturalisation qui crée un rapport obligatoire par un acte de puissance publique (2). Pour M. Larnaude, la fonction publique n'engendre pas plus un rapport contractuel entre l'Etat et le fonctionnaire que le mariage, l'adoption, la naturalisation entre le mari et la femme, le père et le fils adoptif, l'Etat et le citoyen naturalisé (3).

Il est si peu lié à l'Etat par un contrat que, théoriquement, celui-ci a le droit de contrainte au service public. La puissance publique a le droit d'exproprier tout citoyen de ses services comme de sa propriété : elle en use parfois, par exemple vis-à-vis des jurés. Nous avons, il est vrai, refusé aux jurés la qualité de fonctionnaire, mais nous ne les avons exclus du cadre de notre étude que par suite du caractère temporaire et accidentel de leur fonction ; nous reconnaissons parfaitement avec M. Larnaude qu'il n'y a aucune différence essentielle dans le contenu du rapport de fonction publique entre les jurés et les fonctionnaires

1. LEFEBVRE : *Leçon d'introduction à l'étude du droit matrimonial français*, p. 36 ; M. LARNAUDE : à son cours.

2. M. LARNAUDE : *l. c.*

3. M. LARNAUDE : à son cours.

professionnels. Aussi ce droit de contrainte au service public, exposé par Gönner, quoique rare dans son application, existe théoriquement pour toutes les fonctions de puissance publique, et son existence suffit pour repousser la théorie du contrat (1).

Enfin, la faculté pour le fonctionnaire de donner à tout instant sa démission, sans s'exposer à l'action en dommages et intérêts qui résulterait de la rupture d'un contrat, prouve qu'il faut écarter toute idée de rapport contractuel.

Le régime de la fonction publique est donc celui d'un rapport légal unilatéral. Quelle en est la nature ?

M. Hauriou assimile le rapport de fonction publique à celui du citoyen vis-à-vis de l'Etat. « Le fonctionnaire, dit M. Hauriou, est traité par le droit administratif comme étant en principe un citoyen avec lequel il n'a été fait aucun *negotium juris* particulier... Il reste toujours au fond *un simple citoyen* et il a ceci de commun avec le simple citoyen qu'il n'a, vis-à-vis de l'Etat ou de la commune qui l'emploie, d'autres droits à invoquer que ceux qu'il tire de la loi et des règlements » (2). Il ajoute ailleurs : « Le fonctionnaire est un sujet... c'est un *sujet* en ce sens que comme tous les sujets français il est vis-à-vis de l'administration dans une situation déterminée par les lois et règlements » (3). Comme le citoyen, « le fonctionnaire a donc une *situation légale* » (4) ou au moins « une situation purement *réglementaire* » (5).

Si le fonctionnaire est un sujet, s'il a une situation légale cependant « il est un *sujet spécial* », il a une situation par-

1. M. LARNAUDE : *l. c.*

2. HAURIUO : note dans S., 94. 3. 33.

3. HAURIUO : *Précis*, p. 686, cf. S. 99. 3. 106 et S. 94. 3. 33, GERBER : *op. cit.*, p. 116-117.

4. HAURIUO : *Précis*, p. 686.

5. HAURIUO : S. 99. 3. 106.

ticulière et propre. Le rapport de dépendance dans lequel il se trouve vis-à-vis de la puissance publique ne se rencontre dans aucun autre cas. « Le fonctionnaire est un sujet spécial en ce sens, dit M. Hauriou, que des droits spéciaux et des obligations spéciales lui sont attribués par une législation spéciale » (1). Cette législation est même très large et ne comprend pas seulement les actes du pouvoir législatif ; elle est composée en majeure partie des règlements d'administration publique qui ont organisé les différents services et qui, grâce à la jurisprudence du Conseil d'Etat, peuvent constituer comme la loi des droits acquis pour les fonctionnaires. Dans d'autres pays, dont le droit public a été plus vite que le nôtre et où le règlement ne crée pas de droits acquis pour l'individu, la situation du fonctionnaire est réglée uniquement par la loi ; il en est ainsi de l'Allemagne. Au contraire, en France, elle est surtout réglementaire et « on peut avancer, dit M. Hauriou, que le fonctionnaire est un sujet soumis au régime du décret comme les habitants des colonies ».

C'est même là un principe posé par l'administration : elle entend régler elle-même la situation de ses agents. La jurisprudence a sanctionné ce principe et a posé en règle générale que « c'est à l'administration qu'il appartient, sous l'autorité de la loi, de régler les conditions des services publics dont elle est chargée d'assurer le cours ; il lui appartient de déterminer les rapports qui s'établissent à propos de ces services entre l'Etat et les nombreux agents qui opèrent en son nom » (2). Mais dès qu'elle l'a fait par un règlement général, elle a conféré par là même un état

1. HAURIOU : *Précis*, p. 586. cf. S. 99. 3. 106, » il est un administré, mais un administré spécial ». Cf. GERBER : *op. et loc. cit.*, p. 116, note 1.

2. Conseil d'Etat, 6 décembre 1855. S. 56. 2. 508.

de droit au fonctionnaire et cette situation légale constitue pour l'agent un droit.

« Ce régime d'Etat, dit M. Hauriou, a pour premier effet de garantir la possession des choses acquises conformément aux lois ; la possession d'un certain nombre d'avantages accessoires de la fonction est garantie au fonctionnaire de façon à lui constituer un régime d'Etat spécial » (1).

M. Larnaude, repoussant très justement cette conception de la réalité de la fonction, analyse au contraire l'état du fonctionnaire en un rapport de pure puissance publique de la part de l'Etat et d'obligations personnelles de la part du fonctionnaire. Il le soustrait ainsi au caractère privé du rapport de puissance comme le conçoivent Gerber et Laband ; il évite les critiques adressées à la réalisation de la fonction.

Le fonctionnaire a sur cette situation juridique, les mêmes garanties légales qu'un particulier a sur celles qui lui sont conférées par la qualité de citoyen.

La nomination comme la révocation, étant des actes administratifs, ne peuvent donner lieu à aucun recours contentieux ni judiciaire (2) ni administratif au fond (3), car le tribunal ne peut apprécier les motifs qui ont fait prendre l'une et l'autre décision. La juridiction administrative ne peut davantage ordonner la réintégration dans les cadres administratifs du fonctionnaire indûment révoqué parce qu'elle empiéterait sur le domaine de l'admi-

1. HAURIOU : *Précis*, 3^e éd., p. 687 en note.

2. BLOCK : *Dict. de l'administration française*, v. *fonctionnaire public*. Cf. Aix, 8 août 1878. D. 79. 2. 161, note 1 ; conflits, 27 décembre 1879, D. 80. 3. 89 et 7 août 1880. D. 82. 3. 27.

3. Conseil d'Etat, 14 décembre 1883. S. 85. 3. 65 ; 25 décembre 1892, S. 94. 3. 90 et D. 94. 3. 8 ; 27 janvier 1893. S. 94. 3. 18.

nistration active (1) ; il ne peut même demander une indemnité pour une révocation injuste et arbitraire (2) ; le traitement et la pension sont comme tous les autres avantages de la fonction conférés par un acte unilatéral non susceptible de contentieux de pleine juridiction : la pension ne devient même un droit acquis que par l'admission du fonctionnaire à faire valoir ses droits à la retraite et par le vote des crédits nécessaires pour la payer (3). Mais c'est que toutes ces faveurs sont des actes spéciaux et individuels. Quand elles font l'objet d'un règlement général, le fonctionnaire a droit au respect de la loi spéciale qui le régit, tout comme le citoyen ; comme celui-ci, il a, quand elle est méconnue, un recours pour violation de la loi ; le tribunal qui sera saisi de l'une des demandes précédentes ne pourra que vérifier si les formalités prescrites par les lois et règlements ont été observées et annuler l'acte illégal ; une révo-

1. Aix, 8 août 1878. D. 79. 2. 161, note 1 ; Conseil d'Etat, 6 août 1878 et 6 février 1899. S. 99. 3. 106, note HAURIOU ; et 3 novembre 1900, aff. Viaud.

2. Aix, 10 décembre 1878, S. 79. 2. 78 ; Nîmes, 24 février 1879, S. 79. 2. 78 ; Cassation, 7 juillet 1880. S. 80. 1. 464. Tunis, 9 avril 1894, *Rev. Algérienne*, 1894. 2. 373 ; Conseil d'Etat, 6 mai 1892 ; *La loi* du 25 juin 1892 ; — 29 avril 1892, S. 94. 3. 33 ; — 28 mars 1890, S. 92. 3. 65 ; — 13 décembre 1889, S. 92. 3. 17 ; 12 janvier 1883, D. 84. 3. 75 ; — 28 février 1879, D. 79. 3. 68 ; Conflits, 27 décembre 1879, D. 80. 3. 89 et S. 81. 3. 36 ; — 7 août 1880, D. 82. 3. 27.

3. En 1897 cette théorie a été exposée à la Chambre durant la discussion du budget par le Ministre des finances. Un député proposait une augmentation de 100 000 francs pour les retraites « afin de donner des pensions à des fonctionnaires ayant l'âge et réunissant les conditions nécessaires pour l'obtenir parce qu'il y avait là pour eux un droit », le Ministre des finances combattit la proposition en indiquant que le prétendu droit n'était qu'une possibilité, une « vocation » tant que l'administration n'avait pas admis à la retraite et que les crédits n'avaient pas été votés : la preuve en est, disait-il, dans le vote demandé.

cation injustifiée mais légale est non seulement intangible, mais encore elle n'engage pas la responsabilité pécuniaire de l'Etat.

Ajoutons enfin que ces garanties sont considérables quand des lois et règlements ont fixé l'avancement, déterminé les modes de révocation du fonctionnaire et lui ont donné un état.

On applique également, avec plus d'hésitation, il est vrai, cette théorie aux agents des communes : nous avons déjà indiqué qu'il n'y avait en effet aucune différence substantielle entre les droits de l'Etat et ceux des communes, entre les agents de l'un et des autres. Des agents locaux ont à leur disposition, comme ceux de l'Etat, la puissance publique, dans une mesure moins large, il est vrai, parce que dans les questions locales la puissance publique a moins d'occasion de s'exercer ; ils sont nommés également en vertu de la loi et suivant les formes déterminées par elle ; ils jouissent des mêmes droits et sont soumis aux mêmes obligations. Avant 1880, la jurisprudence hésitait à leur reconnaître un régime légal spécial de puissance publique (1) ; on considérait les nominations des agents communaux comme des actes de gestion (2) soit parce qu'en effet très généralement les employés communaux n'ont pas à leur disposition la puissance publique, ne commandent pas, mais ont seulement à gérer les intérêts, soit en vertu de cette théorie qui, restreignant la puissance administrative à mesure qu'elle descend dans l'échelle administrative,

1. Lyon, 3 fév. 1872, S. 74. 2. 119 ; Villefranche, 1^{er} avril 1873, D. 73. 3. 96 ; Marseille, 2 août 1878, S. 79. 2. 78 ; Calais, 14 août 1878, S. 79. 2. 78. Cf. SCHAFFHAUSER, Lois nouvelles, 1891, p. 364, n^o 23.

2. GAUTIER, dans la *Revue critique*, nouvelle série, tome XI, p. 22.

n'accorde à la commune qu'un rôle de gérant (1). Elle est au contraire aujourd'hui fixée dans le sens d'une assimilation complète entre les employés de l'Etat et les employés de la commune, appliquant aux uns et aux autres un régime légal spécial (2) : c'est qu'en effet des fonctionnaires communaux ont, au premier chef, des prérogatives de puissance publique ; le garde champêtre a le droit de dresser des procès-verbaux ; le commissaire de police est un auxiliaire de la justice. En ce qui concerne ceux-là, dit M. Brémond, « les arrêtés de nomination et de révocation sont sûrement des actes de puissance publique, puisqu'ils ont pour résultat d'investir ou de dépouiller les individus qui en sont l'objet d'une portion de l'autorité publique » (3) et par suite le régime auquel ils sont soumis n'est pas différent du régime légal de puissance publique qui règle les rapports des fonctionnaires avec l'Etat.

Cette théorie du régime légal, issu d'un acte unilatéral de puissance publique présente, dit-on, des avantages considérables.

D'une part elle impose au fonctionnaire une dépendance assez étroite pour lui communiquer l'esprit même du gouvernement qui l'a nommé. L'administration devient homogène du haut en bas de l'échelle administrative, car l'inférieur est toujours sous le coup d'une révocation s'il agit dans un sens différent de celui qui lui est indiqué par son supérieur hiérarchique. L'homogénéité est une grande qualité pour une administration. « Un gouvernement ne se

1. M. JACQUELIN : *Une conception d'ensemble du droit administratif*, Paris 1900.

2. Conseil d'Etat, 29 avril 1892, S. 94, 3. 33 et 6 mai 1892, *La loi* du 25 juin 1892. Voir également la plupart des arrêtés cités plus haut, p. 336.

3. BRÉMOND, dans la *Revue critique*, 1891, p. 131.

manifeste, ne vit, n'agit que par ses fonctionnaires ; c'est par eux qu'il se met en communication directe et permanente avec les citoyens ; c'est par eux qu'il révèle ses vues, ses tendances, l'esprit dont il est animé ; c'est par eux qu'il peut se rendre compte des mesures adoptées, qu'il peut connaître les besoins et les vœux des populations ; c'est par eux enfin qu'il peut être éclairé chaque jour sur les dispositions de l'opinion publique, cette souveraine des pays libres » (1). Pour que cette opinion arrive à la tête telle qu'elle a été perçue par les organes, pour que les ordres soient exécutés par les membres tels qu'ils ont été conçus par la tête du corps administratif, il faut qu'une même pensée anime tous les organes de l'Etat depuis son chef jusqu'aux agents tout à fait subalternes(2). Il ne faut donc mettre aucun obstacle à la liberté des gouvernements dans le choix et dans la révocation de ses agents, autre que le respect de la loi. Ainsi l'opinion publique sera plus puissante sur l'administration, l'action gouvernementale agira plus efficacement.

C'est là une tendance générale de tous les Etats parlementaires où l'opinion publique a quelque influence, mais c'est surtout celle des démocraties où elle règne en maîtresse.

Ainsi, aux Etats-Unis, chaque changement de président de la République, quand le nouvel élu appartient à un parti différent de celui du président sortant, est suivi de

1. Exposé des motifs d'une proposition de loi de M. Marcel Barthe pour l'admission et l'avancement dans la fonction publique, Sénat, 16 juillet 1885, *Journal officiel, annexes*, 1885, Sénat, p. 322 et s.

2. Cf. VIVIEN : *Etudes administratives*, 3^e éd. T. I. p. 31 : « Dans toutes les mesures générales, l'administration doit obéir à la politique en serviteur fidèle et dévoué ; sa résistance ou son mauvais vouloir serait une source de désordres ».

nombreuses révocations dans les cadres administratifs : toutes les fonctions sont révocables *ad nutum* et sont considérées comme fonctions politiques ; leurs titulaires suivent leur chef hiérarchique dans sa retraite.

Les mêmes effets se produisent au Japon à chaque changement de ministère (1) ; et dans tous les pays parlementaires, l'arrivée au pouvoir d'un nouveau cabinet amène nécessairement une orientation nouvelle de la politique et nécessite parfois des mutations dans le personnel administratif, et des esprits pessimistes affirment « que la France, sur ce point, est américaine » (2).

A cet avantage de l'homogénéité de l'administration, les partisans de la théorie du régime légal en ajoutent un autre : la conception actuellement examinée est un obstacle infranchissable à cette tendance générale des fonctionnaires à considérer la fonction publique comme leur « chose » et perdant de vue le but de la fonction à se considérer comme les maîtres des administrés alors qu'ils n'en sont que les serviteurs (3). On sait quels abus regrettables a engendrés cette tendance : deux fois, dans notre histoire, lors de la féodalité et sous le régime de la vénalité et de l'hérédité des offices, le fonctionnaire est parvenu à faire entrer la fonction dans son patrimoine et à substituer la gestion de ses intérêts personnels à une gestion de l'intérêt public (4). La

1. *Le Temps*, 1^{er} juillet 1899.

2. LEROY-BEAULIEU : *L'Etat moderne et ses fonctions*.

3. LALOR : *Cyclopædia of Political science*, v. *office-holder*, III, p. 19 : « The people mean by an aristocracy of office-holders, that a continuance in office of the same set of men creates in the mind of the office-holder the idea that he owns the office, and instead of being a public servant, he becomes a master, haughty toward those whom he ought to serve ».

4. Voir cependant l'apologie de la patrimonialité des offices dans TAINÉ : *L'ancien régime et la Révolution*, T. III, p. 416.

possibilité permanente de révocation sans aucune responsabilité pour l'Etat qui révoque, est un obstacle à la patrimonialité, et d'autre part cette menace perpétuelle, parfois suivie d'effet, a, dit Lalor, fait que les fonctionnaires américains n'ont rien de la morgue aristocratique du fonctionnaire européen (1).

Critique du rapport légal spécial. — Nous ne pouvons que partager l'idée fondamentale de la théorie de M. Larnaude pour certains fonctionnaires, pour ceux auxquels précisément l'auteur réserve cette qualité, c'est-à-dire aux agents qui ont des prérogatives d'autorité publique.

Cependant, à notre humble avis, et malgré le respect tout particulier que nous professons pour notre éminent maître, nous pensons que cette théorie risque d'encourir deux reproches.

Le premier, c'est de ne pas déterminer quelle est la nature de ce rapport légal, de ne pas analyser les éléments de ce *status*, et de montrer quel est son lien avec la souveraineté.

Le second, qui est également applicable aux théories précédentes, c'est de considérer tous les fonctionnaires comme des fonctionnaires politiques et de ne leur donner de droits que par la constitution d'un état légal, dont jouissent encore bien peu d'agents administratifs (2).

On éprouve en effet malgré soi un certain scepticisme à l'égard des théories qui ne font pas rentrer le fait juridique qu'elles prétendent expliquer dans une des catégories déjà

1. LALOR : *Cyclopaedia*, III, p. 21, v. *office-holder*.

2. Ce reproche s'applique à beaucoup d'auteurs de cette théorie ; mais M. Larnaude propose au contraire l'extension des garanties des fonctionnaires par la constitution d'un « état », garanties que d'autres cherchent dans la théorie du louage de services. Ce n'est plus alors qu'une question de méthode. Voir LARNAUDE : *Préface* de la traduction française du *Droit public* de LABAND. Paris 1900.

créées par le droit. Il semble à tort parfois que ce soit pour elles une faiblesse, et que la voie plus facile qu'elles choisissent leur enlève leur mérite. En effet de même que la pensée n'est formée, dit Kant, que par la classification d'une idée dans une des catégories de l'entendement, de même une explication juridique n'est complète pour l'esprit que quand elle place le rapport juridique étudié dans des cadres que nous avons déjà conçus. Or, dire d'un lien juridique que c'est un « rapport spécial » ou un « rapport *sui generis* » c'est créer une nouvelle rubrique indéterminée et imprécise ; ce n'est pas donner complète satisfaction à l'esprit.

Gerber nous répond par une analogie que d'ailleurs M. Larnau de a soin d'écarter et dont il ne se sert que pour écarter la théorie contractuelle : le rapport qui existe entre le fonctionnaire et l'Etat serait un rapport de dépendance comme celui que crée le mariage ou l'adoption ; M. Hauriou y ajoute la naturalisation. C'est un procédé que nous avons déjà repoussé. L'analogie prépare ou complète une démonstration ou une explication ; elle la rend plus facilement saisissable à l'esprit, mais elle ne la remplace pas.

D'ailleurs l'analogie n'est pas très exacte. Sans doute le droit de puissance familiale fut à l'origine le droit de puissance publique puisque le groupement politique primitif a été la famille patriarcale. Mais cette assimilation ne saurait être faite depuis que le père n'est plus juge, administrateur ou chef militaire. Déjà, dans le droit germanique, le *mundium* (1) est un rapport de puissance purement familiale entre, d'une part, le père, le mari, le tuteur, d'autre part, l'enfant, la femme ou le pupille (2). La *manus* a

1. L'étymologie du mot « *mundium* » est dans l'expression du haut-allemand « *Munt* » ou « *Mund* » qui signifie « main » et désigne en droit germanique la puissance familiale sur les personnes.

2. BLUHME : *Die mündschaft nach Longobardenrecht* (*Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, T. XI, p. 70).

même signification en droit romain. Dans notre droit actuel, le mariage, la filiation créent bien des rapports légaux de puissance : le mari peut contraindre sa femme à habiter avec lui et à le suivre dans ses déplacements, un père a des droits presque absolus sur ses enfants mineurs. Mais ces rapports de subordination ne sont pas identiques à ceux de la fonction publique ; le père, le mari n'ont pas la puissance publique, ils sont au contraire obligés d'y recourir pour faire respecter leurs droits privés de puissance. Le lien né du mariage ou la paternité est issu d'un fait naturel et non d'un fait politique ; il répond à un instinct, ou si l'on veut à un devoir moral, mais non à la raison politique.

De plus, l'autorité maritale et l'autorité paternelle suppriment ou à peu près la capacité de la femme et de l'enfant mineur ; l'autorité publique ne touche à la capacité civile du fonctionnaire que par des côtés accessoires et pour des raisons contingentes ; elle ne détruit pas sa capacité politique ; si elle restreint ses droits à l'éligibilité, elle lui laisse le droit de vote et lui confère au contraire un rôle nouveau considérable dans la mise en œuvre de la puissance publique.

Enfin le rapport de puissance maritale ou paternelle s'impose à celui qui en est l'objet ; on ne peut pas se soustraire à la qualité de fils de tel père, on ne peut divorcer par sa seule volonté ; ces rapports de subordination emportent droit de demander la contrainte publique et détruisent la liberté de celui qui y est soumis ; « ils n'ont pas leur raison d'existence dans la volonté des obligés mais dans la volonté de la personne dominante » (1). Le rapport de

1. SEYDEL : *Bayer Staatsrecht*, II, p. 187, Cf. ROSIN : *Souverænetæt* (*Annales de l'Empire*, 1883, p. 265-322 et spécialement

fonction publique est au contraire bien moins étroit : le fonctionnaire est civilement et politiquement libre en dehors de l'exécution de ses devoirs professionnels ; et même, ce qui est capital, la raison de ses obligations professionnelles est pratiquement dans sa volonté personnelle puisqu'il est libre de s'en décharger quand il le juge à propos.

L'analogie proposée par Gerber est donc douteuse. M. Larnaudé ne l'invoque en effet que pour repousser la théorie contractuelle pour montrer que la coexistence de deux consentements ne crée pas nécessairement un contrat, mais il repousse l'assimilation entre le rapport de puissance familiale et le rapport de puissance publique :

M. Hauriou cherche à en rendre compte par une comparaison avec la situation juridique du sujet dans un Etat : le fonctionnaire, dit-il, est un sujet spécial. Il se heurte aux mêmes difficultés bien que l'analogie soit plus vraisemblable puisque le parallèle est établi entre deux rapports de puissance publique. On acquiert en effet malgré soi la qualité de citoyen français par le fait qu'on naît en France de parents français ; on le devient malgré soi quand on naît en France de parents étrangers qui eux-mêmes y sont nés ; inversement on ne peut pas toujours perdre cette qualité quelque désir qu'on en manifeste ; des législations n'admettent pas la naturalisation de leurs nationaux à l'étranger et ne cessent pas, quand ils sont devenus citoyens d'un autre pays, de les considérer comme soumis à la souveraineté de leur pays primitif. Le fonctionnaire, au contraire, jouit d'une liberté bien plus grande, il acquiert et perd volontairement cette qualité.

Il n'y a donc pas identité entre la qualité de citoyen et celle de fonctionnaire, bien que les deux situations juridiques soient voisines et aient des points de contact multiples.

Ce n'est pas dans un rapport général de dépendance plus ou moins étroit, que caractériserait le droit de commander, qu'on peut analyser la fonction publique. L'Etat a ce droit d'autorité non seulement sur le fonctionnaire mais sur le citoyen, même sur l'étranger qui habite son territoire et est soumis aux lois de police et de sûreté. Ce droit n'est pas même spécial au droit public : un rapport de louage de services donne au patron un droit d'autorité sur son employé et engendre un rapport de dépendance entre les deux parties.

Ainsi, sans écarter la théorie de M. Larnaude, nous repoussons les analogies que nous ont présentées les auteurs qui la partagent, et nous chercherons à caractériser ce rapport légal de puissance publique par une analyse du rôle du fonctionnaire dans l'exercice de l'autorité publique.

Mais nous devons d'abord écarter l'application trop extensive qu'on veut faire de cette théorie de droit public.

III. Critique générale des théories de l'acte unilatéral de puissance publique créant un régime légal unilatéral.

Toutes les théories précédentes qui font de la nomination un acte de puissance publique et du rapport qu'il crée un état légal, encourent un reproche commun : leurs auteurs en ont fait une application trop générale en l'étendant à tous les fonctionnaires publics. Ils se sont ainsi exposés à des critiques auxquelles ils n'auraient pas donné prise s'ils

avaient restreint leur théorie de droit public aux matières de puissance publique.

En effet, certains fonctionnaires qui ont à leur disposition l'autorité publique, ne peuvent tenir cette fonction que de la puissance publique, et, comme celle-ci n'agit que par voie d'autorité et ne peut être ni partie ni objet de contrat la désignation qu'elle fait du fonctionnaire est nécessairement un acte de puissance, l'état qu'elle lui impose est un régime d'autorité, un régime légal unilatéral.

Mais il est d'autres fonctionnaires qui n'ont pas une fonction mettant en œuvre la puissance publique. Il est des gestions d'intérêts collectifs qui n'incombent pas à l'autorité publique et desquelles même celle-ci doit être soigneusement écartée. Les individus à qui elles sont confiées n'ont pas et ne doivent pas avoir à leur disposition cette autorité. Ils ne reçoivent pas leur fonction de la puissance publique, qui n'en a pas la direction ; ils ne peuvent la tenir que du corps préposé à la gestion des intérêts collectifs, devenant débiteur, créancier, propriétaire pour la collectivité, c'est-à-dire de la personne morale de l'Etat. Ainsi la relation de fonction peut s'établir d'une part entre l'Etat personne morale et un individu qui s'engage à faire pour la collectivité des actes de patrimonialité, à contracter des dettes, acquiescir des créances et en général tous actes qu'un individu peut être appelé à faire dans la gestion de ses intérêts. Entre la personne morale et le fonctionnaire il n'y a pas d'acte de puissance publique. En effet, faire acte de puissance publique, c'est faire acte d'autorité et d'autorité hiérarchique, dit M. Laferrière (1), c'est faire un acte qui ne pourrait en aucun cas émaner d'un particulier si ce dernier n'était pas lui-même investi par l'Etat d'une délégation qui

1. LAFERRIÈRE : *Juridiction administrative*, I, p. 565.

lui permet d'exercer une portion de la puissance publique. Or tous les actes dont nous parlons sont à chaque instant faits par des particuliers pour eux-mêmes. L'autorité publique n'y intervient donc pas. Elle ne saurait d'ailleurs y intervenir sans rendre l'acte annulable pour détournement de pouvoir.

Ainsi, d'une part, l'autorité publique n'est pas sujet ou partie dans la relation qui s'établit ; d'autre part, elle n'en fait pas l'objet puisque le fonctionnaire ne l'aura pas à sa disposition. Les objections présentées à la théorie contractuelle disparaissent ; il y a égalité de droit entre les deux parties en présence ; l'accord a lieu entre deux volontés libres à l'égard l'une de l'autre, l'une et l'autre ont la capacité de contracter puisqu'elles sont des personnes juridiques ; l'objet de leur contrat est licite puisqu'il n'est pas une obligation de puissance publique, toutes les conditions du contrat peuvent donc être réunies : la nomination du fonctionnaire est la manifestation publique d'un accord contractuel ; le régime de la fonction publique est un régime contractuel, les conditions légales de la fonction ayant été, de part et d'autre, acceptées par les parties.

Ainsi, la nomination par l'Etat d'un employé de son réseau de chemins de fer n'est certes pas un acte de puissance publique puisque les compagnies privées confèrent à leurs employés exactement les mêmes fonctions et n'ont pas à leur disposition la puissance publique. Il faut considérer de même la nomination de tous les employés de l'Etat dans les bureaux des ministères et celle des employés des communes ou des administrations publiques qui n'ont pas de fonction d'autorité.

En présence du caractère privé des relations de ces employés avec l'Etat, les auteurs du droit public, pour ne pas faire brèche à leur théorie, refusent d'accorder la qualité

de fonctionnaire à tous ceux qui ne disposent pas de l'autorité publique ; on dit alors que, parmi les agents qui ne gèrent que des intérêts matériels, les uns ne sont pas des fonctionnaires publics parce qu'ils n'ont pas l'autorité publique, les autres sont des fonctionnaires parce que, au moins d'une façon accessoire, par un droit disciplinaire ou de surveillance, ils ont quelques prérogatives de puissance publique et alors deviennent des fonctionnaires d'autorité soumis au régime légal unilatéral.

Ainsi, parmi les premiers, les employés des chemins de fer de l'Etat sont parfaitement assimilés par tous les auteurs à ceux des compagnies privées ; on est obligé de reconnaître le caractère contractuel de leur situation juridique (1) ; ces employés, dit M. Poincaré, dans son rapport sur la loi du 27 décembre 1890, « ne sont pas des fonctionnaires ; l'administration des chemins de fer de l'Etat doit être considérée comme une compagnie privée » (2). On en dit autant de toutes les administrations où il n'y a que des gestions à accomplir et où il est impossible de trouver même l'apparence d'une fonction d'autorité.

Quand, au contraire, on peut découvrir cette apparence, on ne manque pas de la saisir : on fait alors de beaucoup de gérants d'intérêts des agents de l'autorité. Un professeur a un droit disciplinaire dans sa Faculté, un cantonnier est chargé de signaler les contraventions de voirie aux autorités compétentes pour dresser les procès-verbaux ; on dit qu'ils participent ainsi à l'action de la puissance publique.

1. SCHAFFHAUSER, *l. c.* p. 36, n° 24. Voir cependant en sens contraire S. 92. 2. 105.

2. p. 22. — Comparez l'expression d'un ministre des travaux publics, parlant de « la compagnie du réseau de l'Etat ».

Nous aurons l'occasion de revenir sur ces objections dans notre exposition de la théorie générale des fonctions de gestion : pour l'écarter il nous suffira de dire dès maintenant que les employés de la première catégorie, en qui on ne veut pas voir des fonctionnaires, rentrent parfaitement dans la définition que nous avons donnée du fonctionnaire : ainsi les employés des chemins de fer de l'Etat sont nommés par les pouvoirs publics ou par une délégation de cette autorité puisque le président de la République en nomme le conseil d'administration ; ils agissent sous l'autorité du ministre des travaux publics ; ils reçoivent de l'Etat un traitement. Cette administration est bien une administration publique ; son budget est rattaché au budget général de l'Etat dans les mêmes conditions que celui de la légion d'honneur ou de l'Imprimerie Nationale (1) ; l'Etat profite des bénéfices ou supporte les déficits auxquels ils est pourvu à l'aide des ressources générales du budget (2) ; les recettes et les dépenses sont soumises aux règles générales de la comptabilité publique et notamment au contrôle de la Cour des comptes. La jurisprudence du tribunal des conflits a d'ailleurs parfaitement reconnu la qualité d'administration publique à celle des chemins de fer de l'Etat (3). Ses agents sont donc des fonctionnaires publics.

Si d'une part, ce que tout le monde admet, les employés du réseau de l'Etat ont passé avec l'Etat un contrat de droit privé, si d'autre part ils sont des fonctionnaires, c'est donc qu'il y a des fonctionnaires qui ne sont pas soumis au régime légal unilatéral qu'on veut imposer à tous les agents de l'Etat ; c'est que la théorie examinée est au moins trop générale.

1. Loi 29 décembre 1882.

2. Décret 25 mai 1878.

3. Conflits, 30 juin 1889 ; LEBON, 1889, p. 771.

Les auteurs et la jurisprudence qui ont défendu la théorie du rapport légal sont eux-mêmes amenés à y faire des restrictions. D'abord la jurisprudence, motivant comme nous l'avons indiqué ses arrêts de la façon suivante : « attendu que N. ne justifie pas d'une convention qu'il aurait passée avec l'Etat... » admet implicitement que cette convention est possible, que la fonction publique peut être l'objet d'une convention particulière. Elle admet même avec la doctrine que dans certains cas il n'y a pas de convention expresse et cependant il y a contrat. Il en est ainsi dans le cas de mission particulière (1). La situation est pour tous contractuelle, et la jurisprudence admet dans ce cas, pour les litiges qui en peuvent naître, le contentieux de pleine juridiction : une révocation peut donner lieu à des dommages-intérêts (2).

On a donc fait un abus de la théorie de l'acte unilatéral et du rapport légal en l'appliquant à toutes les fonctions publiques.

Or cet abus est particulièrement dangereux pour les services techniques. La théorie unilatérale confère au Gouvernement un pouvoir absolu et arbitraire de révocation qui n'est limité que dans la forme, par la loi, tandis que la théorie contractuelle lie l'Etat par un engagement qu'il ne peut rompre injustement sans s'exposer à des dommages-intérêts (3). Ce pouvoir, sans autre contrôle que celui de la

1. LAFERRIÈRE : *Juridiction administrative*, 3^e éd. I, p. 619. L'auteur exige cependant que « ces missions spéciales et temporaires comportent l'exercice de certains pouvoirs conférés par le Gouvernement ». Cf. Paris, 25 avril 1885.

2. Conseil d'Etat, 28 juillet 1882. LEBON, p. 739 ; 25 mars 1890, S. 92. 3. 65 (dans les motifs) — LAFERRIÈRE, *op. cit.*, I, p. 566 — HAURIUO : note dans S. 1892. 3. 20. — Voir cependant en sens contraire Limoges, 25 janvier 1888. S. 88. 2. 186.

3. On peut, il est vrai, comme l'indique M. Larnaude mettre un

légalité par le Conseil d'Etat, est amplement justifié, nous l'avons dit, pour les fonctions politiques; c'est même la condition essentielle de tout gouvernement parlementaire. Mais si on l'applique aux services qui n'ont rien de politique et aux fonctionnaires qui ne gèrent que des intérêts matériels, on commet une grave erreur de droit et de fait.

En droit, c'est absorber toute l'administration dans le Gouvernement. Telle fut la conception de Rousseau pour qui le Gouvernement est la « suprême administration » (1). De même Serrigny ne voit dans tous les organes du pouvoir exécutif qu'« une même échelle occupée par un seul pouvoir sous des noms différents : il s'appelle Gouvernement dans les degrés supérieurs et administration dans les degrés inférieurs » (2).

Mais il y a une différence profonde entre l'un et l'autre. Le Gouvernement peut être à la tête de l'administration sans cependant en faire partie, avec la conception moderne de la spécialisation des fonctions et du pouvoir propre de chaque fonctionnaire. Ce que la seconde a le droit de faire le premier ne peut l'exécuter. Or le gouvernement et l'administration ont des missions différentes : « Le gouvernement, dit M. Ducrocq, est la portion du pouvoir exécutif qui a mission de diriger le pays dans les voies de son développement intérieur et de ses relations extérieures tandis que l'ad-

frein au pouvoir arbitraire du Gouvernement par la constitution d'un « état » en faveur du fonctionnaire; mais c'est là un cas exceptionnel, un but plus difficile à atteindre, et c'est une théorie moins souple, nous le verrons, que celle du louage de services.

1. ROUSSEAU : *Contrat social*, liv. I, ch. III.

2. SERRIGNY : *Traité du droit public des Français : Introduction sur le fondement des sociétés politiques*, p. 96.

ministration en est le complément et l'action vitale... (1) Cette distinction résulte aussi des textes, les lois du gouvernement, ce sont les lois constitutionnelles, lois spéciales dans leur formation et dans leur caractère ; les lois administratives, ce sont toutes celles qui règlent la marche de l'appareil exécutif dans ses rapports directs avec les administrés.

Elle est écrite dans le préambule du décret-loi du 25 mars 1852 sur la décentralisation administrative : « Considérant qu'on peut *gouverner* de loin mais qu'on n'*administre* bien que de près, qu'en conséquence, autant il importe de centraliser l'*action gouvernementale*, autant il est nécessaire de décentraliser l'*action purement administrative*... »

Enfin cette distinction domine à ce point tout notre droit public qu'elle fait de l'action gouvernementale et de l'action administrative l'objet de deux droits différents le droit constitutionnel et le droit administratif (2). Certains auteurs poussant encore plus loin la scission du gouvernement et de l'administration ont voulu faire de celle-ci un quatrième pouvoir (3).

Cette séparation n'est pas seulement une question théorique, elle a un intérêt social considérable.

Si l'on fait de toutes les nominations de fonctionnaires des actes de gouvernement indiscutables, on subordonne nécessairement l'administration au gouvernement, c'est-à-dire au parti politique au pouvoir ; on fait de tous les fonctionnaires des agents politiques, et de la gestion des intérêts collectifs une gestion destinée à favoriser des inté-

1. DUCROCQ : *Cours de droit administratif*, 7^e éd. 1897, T. I, p. 28-29.

2. BERTHÉLÉMY : *Droit administratif*, p. 2.

3. FRANCIS NEWTON THORPE : *Recent constitution making in the United States*, p. 49 et s.

rêts particuliers (1), on met l'Etat à la discrétion des partis politiques qui n'ont rien de commun avec le droit public (2). Or « qui ne sait, dit Vivien, les dangers de l'invasion de l'administration par la politique et les détestables tentations auxquelles elle expose les dépositaires de l'autorité. Plus l'administration est puissante, plus les dangers s'accroissent. Dans un pays comme la France, où le domaine administratif est presque illimité, où des sommes énormes sont affectées aux traitements, aux travaux publics, où une foule de droits, de facultés, de fonctions dépendent du bon plaisir du gouvernement, la liberté publique elle-même est en péril ; le pouvoir politique sorti d'une source empoisonnée, l'administration prostituée à des vues personnelles sont frappés du même coup. L'Etat est sur le bord de l'abîme et ne parvient pas toujours à y échapper » (3).

C'est cependant là une tendance des gouvernements parlementaires : « comme les pouvoirs sortent d'élections qui se déjugent souvent, le personnel qui représente l'Etat, dit

1. VIVIEN : *Etudes administratives*, 3^e éd. 1859. I, p. 32 : « Il est des hommes qui professent ouvertement la subordination de l'administration à la politique. A leurs yeux les droits conférés à l'administration ne sont que des moyens de gouvernement. Le pouvoir public ayant perdu la force que lui donnait le prestige de l'ancienneté et la soumission des peuples, c'est à l'administration qu'il est réservé de lui prêter influence et crédit. Cet intérêt marche le premier parmi les intérêts publics, les autres doivent fléchir devant lui. Places, secours, faveurs, tout est destiné à soutenir la politique et à lui créer des appuis. Quelques abus se commettront, mais que sont ces abus quand il s'agit de la conservation même de la société et du pouvoir qui la protège contre ses ennemis ? » — Ces lignes écrites d'abord sous la monarchie de juillet étaient justifiées par les mœurs politiques du gouvernement sous certains ministères.

2. BLUNTSCHLI : *La Politique*, Trad Riedmatten, p. 324.

3. VIVIEN : *op. cit.*, I, p. 33.

M. Leroy-Beaulieu, est très variable » (1) aussi « plus le principe électif prend de place dans l'Etat.... plus cette instabilité se fait jour.... plus la société approche du régime démocratique, plus cette instabilité s'accroît ».

L'histoire des Etats-Unis en est la preuve : la fonction publique y est devenue la prime électorale. Quand l'un des présidents les plus fougueux des Etats-Unis, le général Jackson prononça le fameux mot : *victoribus spolia*, « il parlait, dit Leroy-Beaulieu, une langue qui est connue des politiciens des deux mondes et tend à devenir universelle » (2). Aux Etats-Unis comme en Angleterre, il n'y a pas de théorie spéciale à la fonction publique. « Il n'y a probablement aucun peuple aussi civilisé que le nôtre, dit Lalor, qui ait prêté si peu d'attention aux questions d'administration et il n'y a pas d'hommes d'Etat qui les aient négligées autant que les nôtres » (3). Mais, à la différence de la Grande-Bretagne qui a fait entrer la relation de fonction dans celles du droit commun, les Etats-Unis ont considéré la nomination de tout fonctionnaire comme un acte politique, un acte de gouvernement. Aussi le gouvernement a toute liberté dans le choix de ses agents ; il en profite pour récompenser des services politiques. La lutte électorale se complique donc d'une lutte pour l'obtention des fonctions publiques entre ceux qui les détiennent (*office-keepers*) et ceux qui les briguent (*office-seekers*) car le résultat de l'élection présidentielle sera le maintien ou le remplacement de la plupart des fonctionnaires. Aussi chaque parti politique exige de ses fonctionnaires actuels ou des candidats éventuels un impôt tarifé (*political assessment*) proportionnel

1. LEROY-BEAULIEU : *L'Etat moderne et ses fonctions*. Paris, 1890, p. 65.

2. LEROY BEAULIEU : *Op. cit.*, p. 65.

3. LALOR : *Cyclopædia of political science*, New-York 1888-1893. v^o *civil administration*, T. I, p. 475.

au traitement dont il jouit ou jouira. Cet impôt est perçu environ un mois avant l'élection présidentielle ou même chaque fois que la caisse du parti est vide (1). Si le parti arrive au pouvoir, il révoque la plupart des fonctionnaires de l'autre parti. Cela est d'ailleurs nécessaire car ce dernier n'a lui-même nommé que ses fidèles partisans dans toutes les administrations ; or un gouvernement quel qu'il soit ne peut diriger des services qui ne seraient peuplés que de ses adversaires politiques, et il ne faut pas donner à la minorité des droits supérieurs à ceux de la majorité (2). Autrefois, comme encore aujourd'hui dans la plupart des pays d'Europe, on leur demandait de ne pas prendre parti (3) ; on couvrait encore les révocations du manteau de la Justice (3) ; cette pudeur a été rejetée par les politiciens actuels.

Ce sont en effet les chefs politiques qui désignent les fonctionnaires. D'après la Constitution du 17 septembre 1807 « le président présente et nomme sur et avec l'avis du Sénat... tous les fonctionnaires à la nomination desquelles il n'est pas autrement pourvu » (4). Mais, avec l'augmentation du nombre des fonctionnaires et par suite des nominations, le président, au lieu de consulter le Sénat en corps, en arriva à ne prendre l'avis que des sénateurs de l'Etat intéressé et de préférence ceux de son parti politique qui naturellement ne désignent que leurs amis politiques. En pratique le droit de consultation du Sénat est donc devenu la nomination par les sénateurs, chefs du parti politique

1. *Lettre de Jefferson à Elias Shipman* (12 juillet 1801), sur la destitution d'un fonctionnaire (P. CONSEIL : *Mélanges de Jefferson*, T. II, p. 29).

2. P. CONSEIL ; *Mélanges*, T. II, p. 19 ; *Lettre de Jefferson à John Fage*, 17 juillet 1807.

3. P. CONSEIL ; *op. cit.*, II, p. 25 : *Lettre à Elbridge Gerry*, 29 mars 1801.

4. Constitution du 17 septembre 1807, ch. II, sect. II, § 2.

dans chaque Etat. Le courant dirigé en ce sens, les appétits se sont éveillés ; après les élections générales le parti vainqueur révoque tous les fonctionnaires du parti vaincu, depuis le balayeur municipal jusqu'au ministre, crée de nouveaux emplois et donne de nouvelles pensions. Ce système a eu de déplorables conséquences : les hommes de talent préfèrent employer leurs services dans l'industrie privée où ils trouvent une situation plus stable et plus sûre, seuls les déclassés ou ceux qui attendent une autre situation accaparent les fonctions publiques ; les uns et les autres n'ont pas le temps d'acquérir l'instruction technique ou administrative nécessaire à leur emploi auquel ils n'ont pas été préparés ; il n'y a aucune discipline hiérarchique entre les fonctionnaires car le pouvoir de chacun d'eux se mesure à son influence électorale et en cette matière un cantonnier dispose parfois de plus de voix que l'ingénieur son chef. Dans la gestion même de son service, le fonctionnaire n'est qu'un agent politique, il le néglige pour faire de la propagande électorale et obtenir un crédit politique auquel son avancement est proportionné ; il use de procédés injustes et vexatoires vis-à-vis de ses adversaires, et favorise indignement ses créatures. C'est à ces résultats qu'aboutit dans sa logique rigoureuse la théorie de l'absorption de l'administration par le gouvernement, celle de l'unité et l'homogénéité politique et administrative, et le principe que l'intérêt politique doit dominer tous les autres (1).

1. Nous ne pouvons résister au désir de citer les belles pages de M. Vivien condamnant ces procédés qui mettent l'administration au service de la politique : « Il est vrai que l'intérêt de la société domine tous les autres mais il est faux qu'il soit servi par l'oubli des règles d'une bonne administration. La justice, l'observation des lois l'étude consciencieuse et désintéressée des besoins publics et des moyens d'y satisfaire, voilà la vraie et la sage politique, c'est par elles que les peuples s'attachent aux gouvernements : à des admi-

De nombreuses tentatives de réforme ont essayé d'améliorer cette administration détestable à tous les points de vues. On a d'abord essayé de mettre des obstacles à la révocation sans motifs des fonctionnaires ; on a également tenté d'imposer des conditions de capacité à l'entrée dans la fonction (1). Mais on se heurte d'une part au mauvais vouloir des politiciens intéressés au maintien de l'état de choses actuel, d'autre part au sentiment du peuple américain très jaloux de son autorité et qui ne supporterait que difficilement qu'on donnât au fonctionnaire, son serviteur, des garanties analogues à celles qui constituent l'état des fonctionnaires dans les pays européens (2).

nistrateurs impériaux, équitables et vigilants, la confiance et la sympathie ne font jamais défaut, tandis que quelques faveurs individuelles, se renferment dans le cercle étroit de ceux qui les obtiennent et que, pour un petit nombre de créatures souvent ingrates, le pouvoir suscite les plaintes des ambitions privées éconduites et le mécontentement du peuple entier. Par une heureuse nécessité pour les Gouvernements comme pour les individus, la vertu ne constitue pas seulement une obligation morale. elle est encore un calcul bien entendu ». VIVIEN : *Etudes administratives*, 3^e éd. I, p. 32-33

1. Particulièrement en 1869, 1882, 1887. Voir : BRYCE : *The american Commonwealth*, Tome I, p. 59-60.

2. Les divers sentiments qui ont remué l'âme américaine à propos de la fonction publique sont fort bien exposés en quelques mots dans un discours de M. Benton, sénateur du Missouri, lors d'une discussion au Sénat en 1830. « On se demande, dit-il, en substance, pendant combien d'années il faut garantir la fonction au fonctionnaire ? Mais lui garantir pour la vie, c'est le rendre trop irresponsable et en faire notre maître ; dire qu'il conserve sa fonction tant qu'il aura une bonne conduite, c'est retomber dans les dangers de la précédente loi ; d'ailleurs il faudrait un jugement pour appliquer ce procédé et permettre au pouvoir de révocation de s'exercer, le rendre révocable au gré du Président, c'est rendre celui-ci trop absolu ; le nommer pour un nombre déterminé d'années, c'est prévoir sa fidélité pour cette durée, et empêcher toute révocation même s'il le mérite », LALOR : *op. cit.*, III, 19 et s.

Après des tentatives multiples qui ont échoué, une réforme plus apparente que réelle a été réalisée en 1883.

En 1882, les républicains étant au pouvoir résolurent de consolider leurs positions, en accordant des garanties légales aux fonctionnaires qu'ils avaient nommés contre les révocations des démocrates qui pouvaient arriver au pouvoir l'année suivante. Leur projet contenait d'autre part l'obligation du concours à l'entrée de la plupart des fonctions : ils se donnaient ainsi le beau rôle dans la question des fonctionnaires en empêchant des révocations injustes, en assurant la capacité du personnel, en débarrassant le législateur des sollicitations, en améliorant tout le système administratif dont les administrés se plaignaient.

Les démocrates au contraire étaient intéressés au maintien du *statu quo* : se plaçant sur le terrain théorique, flattant l'amour-propre de l'américain jaloux de son autorité, ils combattirent la motion qui voulait faire de la fonction un droit, un privilège pour le fonctionnaire (1) ; il est de l'essence du régime républicain, disait-on, que, suivant les circonstances politiques, les tendances, et la ligne de conduite du pouvoir exécutif, les fonctionnaires changent avec la majorité législative. C'est une conséquence de la souveraineté populaire. D'ailleurs si, malgré la réforme, les fonctionnaires continuaient à faire de la politique, le corps administratif deviendrait une nouvelle garde prétorienne commandant et dirigeant là où elle ne devrait que servir et protéger (2). Grâce à la défection de plusieurs démocrates séduits par une réforme, bonne en soi (3), le projet fut voté et devint la loi du 16 janvier 1883 (4).

1. Discours de M. Brown, sénateur démocrate de la Géorgie.

2. *Ibidem*.

3. Discours de M. Pendleton, cependant sénateur démocrate de l'Ohio, favorable au projet.

4. *Annuaire, législation étrangère*, 1883, p. 804 et s.

La loi imposait un concours à l'entrée de beaucoup de fonctions publiques (1), prescrivait l'établissement d'un tableau réglant l'avancement au choix et à l'ancienneté (2), défendait formellement l'*assessment* (3), et les recommandations (4). Une commission composée de trois délégués du « *civil service* » devait établir les règlements d'administration publique statuant sur le détail de l'organisation administrative (5).

La loi n'a eu absolument aucun effet : c'est le président qui nomme les trois commissaires et les révoque à son gré, par suite leur impose sa volonté dans les règlements, et dans les nominations ; les concours sont tellement inférieurs pour la capacité intellectuelle qu'ils exigent, que l'influence politique y a bien plus de poids que la science du candidat ; les recommandations ne peuvent que se produire puisqu'il n'y a pas de sanction contre les sénateurs qui les font.

Il n'y a donc rien de changé aux Etats-Unis. L'administration y est la plus détestable du monde. Le dégoût qu'elle a inspiré a déterminé la formation d'un tiers parti entre les démocrates et les républicains ; c'est celui des *mugwumps* ou *kickers* qui a pour plate-forme électorale la *civil service reform*. Ce parti fait des progrès chaque jour aux Etats-Unis. « Le peuple, dit Francis Newton Thorpe, commence à apprendre qu'il est plus aisé et moins coûteux de changer le gouverneur, les membres de la législature et les juges que de changer le corps des agents de l'administration publique qui pratiquement font le travail du gouverne-

1. Article 2.

2. Article 2.

3. Article 2 et 5.

4. Article 10.

5. Article 1.

ment » (1). Cette plate-forme électorale a été celle des républicains en 1884 (2) puis des démocrates (3) : ce tiers parti est aujourd'hui puissant et on peut dire avec M. Esmein que « sinon l'Europe au moins l'Amérique commence à nous envier notre administration » (4).

Cette application de la théorie qui fait de tous les employés de l'Etat des fonctionnaires politiques a gagné partiellement du terrain dans les pays à gouvernement parlementaire ; elle est même parfois aggravée par cette circonstance que ce n'est pas une élection quadriennale comme aux Etats-Unis qui provoque les mutations administratives ; ce sont les crises ministérielles qui se produisent à des intervalles de temps plus rapprochés, qui amènent des changements dans le personnel administratif et nuisent considérablement à la marche normale des affaires.

Dans les pays neufs surtout ce phénomène se manifeste ; dans les Etats nouveaux, de même que les fonctions publiques se multiplient dans une proportion effrayante (5), de même leur instabilité s'accroît d'une façon scandaleuse. En

1. Sir FRANCIS NEWTON THORPE : *Recent constitution making in the United-States*, p. 49. Cf. J. G. BOURINOT : *Elected or appointed officials ?* (*Annals of the american academy of political and social science*, mars 1895, p. 1-31). L'auteur à propos de l'agitation de 1894 dans la province canadienne d'Ontario tendant à faire élire les fonctionnaires au lieu de les nommer, critique le système de son pays, non seulement pour les fonctionnaires élus mais encore pour ceux qui sont nommés. Il préfère le système européen.

2. Convention de Chicago du 4 novembre 1884.

3. Voir : O. BÆHR : *Der Rechtsstaat*. Cassel, traduit en Italien dans la *Bibliotheca di scienze politiche* de BRUNIALTI : vol. VIII, 1^{re} série p. 274. — Cf. PALMA : *Questioni costituzionali*, p. 323 et s.

4. ESMEIN : *Droit constitutionnel*, 2^e éd. p. 18 en note.

5. Voir ci-dessus, *Introduction*, ch II, § 3.

Italie, ces abus ont provoqué, en 1894 (1), le projet Crispi, dit « des pleins pouvoirs » qui a échoué ; au Japon, le « spoils system » s'est implanté avec ses conséquences presque aussi néfastes qu'aux Etats-Unis (2).

En France, des esprits éminents mais peu enthousiastes nous crient que nous allons à grands pas vers une pratique identique à celle des Etats-Unis. « L'Etat, dit M. Leroy-Beaulieu, se place rarement, pour le choix de ses fonctionnaires, au simple point de vue technique ; il est toujours plus ou moins influencé par des considérations de parti. Il a la prétention que l'homme qui remplit un de ses emplois lui appartienne tout entier ; ce n'est pas seulement son travail professionnel qu'il veut, c'est son concours en toute circonstance ; il exige du fonctionnaire une conformité générale de manière de voir sur tous les sujets avec celle que l'Etat propose. A peine consent-il à lui laisser sa liberté d'appréciation dans les questions de belles-lettres ou de beaux-arts, mais il empiète sur ses opinions en matière religieuse, de philosophie ou d'éducation » (3).

Nous croyons exagéré le sombre tableau que l'auteur nous fait de l'administration française : les crises ministérielles ont fréquemment provoqué des mutations administratives, mais celles-ci ont été limitées aux fonctions politiques des préfets et des sous-préfets ; l'ingérence de la

1. Voir plus haut, *Introduction*, ch. II, § 3.

2. *Le Temps* du 1^{er} juillet 1899.

3. LEROY-BEAULIEU : *L'Etat moderne et ses fonctions*, p. 81. L'auteur, assez pessimiste, ajoute encore : « On demande la destitution de petits fonctionnaires parce que leurs femmes vont à la messe..., ou les force à mettre leurs enfants dans des écoles laïques publiques, leur enlevant la liberté de les envoyer aux écoles congréganistes privées. On leur interdit souvent la fréquentation de tel ou tel cercle, l'affiliation à tel orphéon.... Bien plus, on leur ordonne de se réjouir officiellement en telle ou telle circonstance... »

politique dans l'administration légitime pour les fonctions d'autorité, est assurément condamnable quand il s'agit de services techniques mais elle ne se manifeste pas avec autant d'âpreté ; ce régime légal très sévère imposé à juste titre aux premiers n'a pas jusqu'à ce jour été officiellement consacré pour les seconds. Assurément il y a une tendance générale des gouvernements à garder le plus de liberté possible et à faire sentir le plus qu'ils peuvent l'action gouvernementale. Elle a été jugée sévèrement en France, comme nous venons de le voir ; des avertissements nous viennent même de l'étranger, aux Etats-Unis en particulier, Woodrow Wilson a écrit que « le *spoils system* s'introduisait peu à peu en France » (1).

Il est donc nécessaire d'arracher davantage au pouvoir arbitraire du gouvernement, au régime légal unilatéral les fonctionnaires techniques, c'est-à-dire tous ceux qui ne mettent au service de l'Etat que les connaissances spéciales qu'ils ont acquises dans un art industriel comme ils le feraient d'un particulier ; pas plus l'Etat que le particulier qui accepte ces services n'a le droit de leur demander compte de leurs opinions politiques ou religieuses. Méconnaître cette liberté du fonctionnaire de gestion, c'est confondre la gestion et la politique, l'administration et le gouvernement, c'est mettre la puissance publique au service d'intérêts particuliers et ce qui est pis au service d'un parti politique.

S'il est nécessaire de laisser au gouvernement son entière liberté, en ce qui concerne la nomination et la révocation des fonctionnaires de la puissance publique qui doit être une dans sa pensée et dans son exercice, il faut au con-

1. WOODROW-WILSON : *The State*. Boston, 1895, § 340 : *The « spoils system » in France*.

traire augmenter les garanties des fonctionnaires techniques dont la valeur s'accroît avec la durée de leur service et dont la permanence est nécessaire dans une administration bien organisée. C'est cette permanence des agents de gestion qui fait la richesse publique de l'Etat, en assure la régularité et le bon fonctionnement de ses services. C'est ce fonds immuable qui nous a empêché de souffrir sérieusement les crises gouvernementales nombreuses du xix^e siècle ; « a chacune de nos nombreuses révolutions, dit M. Esmein, la forme du gouvernement et, par suite, le gouvernement a changé ; parfois on n'a même plus eu, pendant un temps plus ou moins long, de gouvernement légal, mais seulement un gouvernement provisoire ; cependant le fonctionnement de l'administration n'a pas été interrompu un seul jour ; elle a continué sa marche intérieure tant que les lois qui la réglaient n'ont pas été changées » (1). Ce besoin de stabilité est si supérieur aujourd'hui dans les Etats parlementaires et surtout dans nos démocraties contemporaines qu'on voudrait, à tort selon nous, soustraire toute l'administration à l'action politique du gouvernement et en faire un quatrième pouvoir indépendant des autres (2).

Ce serait tomber dans une erreur politique en sens contraire que de soustraire à l'action gouvernementale les fonctionnaires qui, précisément, doivent faire prévaloir l'opinion de la majorité. Si quelques-uns des fonctionnaires de puissance ont, par suite de la nature même de leur mission, besoin d'une indépendance relative ou même absolue, on peut leur constituer un « état » qui leur accorde des garanties légales très sérieuses contre la révocation ; leur

1. ESMEIN : *Droit constitutionnel*, pt 18.

2. FRANCIS NEWTON THORPE : *Recent Constitution making in the United states*, p. 49 et s.

situation restera une situation légale qui pourra toujours être modifiée par la loi.

Mais pour les fonctionnaires de gestion, il est au contraire naturel et logique de les soustraire à l'action de la puissance publique avec laquelle ils n'ont pas de lien. Une seule garantie, moins forte peut-être que l'Etat légal, quand ils n'en sont pas pourvus (1) mais plus sûre en ce sens qu'elle leur confère des droits susceptibles d'un recours contentieux, leur est ouverte : c'est la reconnaissance de leur situation contractuelle.

Les différentes théories du régime légal unilatéral quand elles n'ont pas pour correctif la création d'un état légal ne constituent donc pas seulement une erreur de droit, elles aboutissent de plus à des conséquences néfastes quand on les laisse logiquement prendre leur développement et qu'on veut les appliquer à toutes les fonctions publiques. C'est cette application générale que nous entendons écarter.

En résumé, nous n'avons pu trouver dans le droit privé une explication de la fonction publique qui rende compte de toutes ces manifestations parce que quelques-unes de celles-ci appartiennent certainement au droit privé ; nous n'avons non plus pu accepter une théorie de droit public comme unique explication de la fonction, parce que certaines situations sont indéniablement de droit public.

Il ne nous reste alors que deux solutions ouvertes : ou bien toute fonction publique est un rapport qui participe

1. Voir cependant pour les ingénieurs des ponts et chaussées : Décret du 13 octobre 1851, a. 25 et du 25 décembre 1851, a. 24 ; pour les professeurs de l'enseignement supérieur : Loi 19 mars 1873, a. 5. reproduisant les a. 14 et 76 de la loi du 15 mars 1850, etc. ; Loi 27 février 1880 ; Loi 10 juillet 1896 ; Décret 4 novembre 1882 ; Décret du 28 décembre 1885 ; pour les officiers : lois du 19 mai 1834, du 18 mars 1889, a. 4 ; pour les magistrats : loi 30 août 1883, a. 13-16, etc.

à la fois du droit public et du droit privé trouvant en même temps dans l'une et dans l'autre des règles juridiques qui rendent compte de ses différentes clauses : c'est la théorie de Rhem, Gierke, Giorgi ; ou bien, au contraire, les différentes fonctions publiques se partagent en deux catégories dont l'une trouve son explication complète et suffisante dans le droit privé, dont l'autre tire toutes ses règles du droit public : c'est la théorie de notre éminent professeur M. Berthélemy.

CHAPITRE III

THÉORIES MIXTES DE DROIT PUBLIC ET DE DROIT PRIVÉ

« La fonction publique, dit M. Hauriou, est un amalgame très intéressant du public et du privé » (1). C'est ce qu'ont développé des auteurs allemands et italiens en construisant une théorie mixte de la fonction publique.

Ces théories affectent des formes multiples qui varient avec chaque auteur. Elles peuvent cependant se grouper sous deux types :

1^o Les théories qui font de la nomination à une fonction un acte de puissance publique et du régime qu'elle engendre un régime contractuel de droit privé au moins quant aux obligations pécuniaires des fonctionnaires. Ainsi pense Giorgi, qui, nous l'avons vu, accepte d'après Bluntschli la théorie de l'acte unilatéral mais impose à l'Etat des obligations de droit civil pour le traitement et la pension (2). Ainsi encore Heinrich Albert Zachariæ estime que la nomination est un acte unilatéral, mais le régime qu'elle engendre est mixte puisqu'il comprend à la fois des obligations de droit public, relatives à la fonction, et

1. HAURIOU : dans BEQUET : *Répertoire de droit administratif*, v^o *Droit administratif*.

2. GIORGI : *La dottrina delle persone giuridiche*. Florence, 1892, T. I, n^o 165, p. 378-379; T. II, n^o 230, p. 458.

des obligations de droit privé, concernant les droits pécuniaires (1).

2^o Les théories qui, entièrement contractuelles, font dériver les obligations professionnelles du fonctionnaire d'un accord de droit public et ses droits pécuniaires d'une convention de droit privé. Ces deux accords forment ainsi un contrat à la fois public et privé.

C'est l'opinion de Rhem (2), Welker (3), Sarwey (4), Gierke (5), Hænel (6).

Pour les unes comme pour les autres, la fonction publique comprend deux sortes d'obligations : des obligations de droit public et des obligations de droit privé.

Les premières, contractuelles pour certains auteurs, légales pour les autres, sont les obligations professionnelles des fonctionnaires envers l'Etat et les obligations de l'Etat vis-à-vis du fonctionnaire dans l'exercice de sa fonction. Ce sont : d'une part la fidélité politique, l'obéissance hiérarchique, le secret professionnel, l'exercice personnel de la fonction sauf autorisation de suppléance, parfois la résidence, le port de l'uniforme, la nécessité d'obtenir l'autorisation hiérarchique pour accepter des décorations étrangères ou pour se marier, l'interdiction de faire le commerce,

1. H. A. ZACCHARIÆ : *Das deutsche Staats-und Bundesrecht*. Göttingen, 3^e édit., 1865, II, § 135, p. 28.

2. RHEM : *Die rechtliche Natur des Staatsdienstes*, p. 147 et s.

3. WELKER : dans le *Staatslexikon* de ROTTEKET WELKER, 3^e édit. Leipzig, 1866, v^o *Staatsdienst*, T. XIII, p. 576-590 et spécialement p. 548.

4. SARWEY : *Das öffentliche Recht und die Verwaltungspflege*. Tübingen, 1880, p. 322 ; *Staatsrecht des Königreichs Württemberg*. Tübingen, 1883, II, p. 276.

5. GIERKE : Dans le *Rechtlexikon* de HOLZENDORFF, 3^e édit. Leipzig, 1881, II, p. 54.

6. HÆNEL : *Deutsches Staatsrecht*. Leipzig, 1892, p. 155.

de se livrer à un emploi accessoire et dans certains cas l'obligation de verser une caution, de prêter un serment, etc. Ce sont, d'autre part, l'obligation pour l'Etat de protéger le fonctionnaire dans l'exercice de sa fonction, de lui accorder et de faire respecter son titre, son rang, ses droits de préséance, ses droits à l'uniforme, l'obligation de le dispenser de tutelle, d'une partie du service militaire, de ne pas le révoquer en dehors des formes légales particulièrement dans les cas d'inamovibilité, de propriété du grade, de la chaire, etc.

Tous ces droits et obligations du fonctionnaire sont, dit-on, de droit public (1). En effet, pour ces auteurs, le criterium de distinction du droit public et du droit privé, est dans la nature de l'intérêt en jeu (2) : est de droit public tout ce qui touche à l'intérêt général (3). Or les obligations du fonctionnaire correspondant à des droits de l'Etat sont bien évidemment dans l'intérêt de celui-ci, c'est-à-dire dans l'intérêt général. D'autre part même les droits du fonctionnaire qui constituent des obligations de l'Etat ont encore pour but d'assurer le libre exercice de la fonction en lui donnant les garanties nécessaires ; ils existent ainsi dans l'intérêt de la fonction elle-même, c'est-à-dire dans celui de l'Etat, chargé d'assurer la gestion de la fonction ; ils touchent donc également à l'intérêt général et, par suite, appartiennent aussi au droit public (4).

En second lieu, la fonction publique comporte pour les auteurs des deux catégories que nous avons établies, des rapports de droit privé ; elles sont relatives aux droits pécuniaires des fonctionnaires. Ce sont les droits au trai-

1. RHEM : *op. cit.*, § 36, 37, 38, 39, p. 150-160.

2. RHEM : *op. cit.*, p. 150.

3. RHEM : *op. cit.*, p. 151.

4. RHEM : *op. cit.*, p. 151 et s.

tement fixe et éventuel, à la pension de retraite, aux indemnités de déménagement, de premier établissement, de résidence, de logement, aux frais de bureau et de représentation, au casuel, aux remises proportionnelles, et aussi aux impenses faites dans la gestion du service (1), etc. Ces droits sont uniquement des droits patrimoniaux qui n'ont pas d'autre caractère que la pension et le traitement, c'est-à-dire qui ne touchent qu'à l'intérêt privé du fonctionnaire.

Les partisans des théories mixtes font porter toute leur étude sur le caractère privé de ces droits : ils les font résulter d'un accord de droit privé qui s'ajoute soit à un acte unilatéral de puissance publique, soit à un contrat de droit public.

Ils argumentent ainsi : 1^o le traitement et la pension sont des *obligations* pour l'Etat et des *droits* pour le fonctionnaire ; 2^o ces obligations sont contractuelles ; 3^o le contrat qui les engendre est de droit privé.

Le traitement et la pension sont, dit-on, des droits pour le fonctionnaire, c'est-à-dire, suivant la définition de Ihering, des intérêts juridiquement protégés (2).

D'abord le langage administratif les qualifie toujours de droits et la loi elle-même emploie ce terme pour les désigner. Ainsi la loi française du 9 juin 1853, dans son art. 3 déclare que : « les fonctionnaires et employés directement rétribués par l'Etat... ont *droit* à pension, conformément aux dispositions de la présente loi ». Cette loi crée donc une obligation à la charge de l'Etat : « L'Etat, dit M. de Lareinty, ne saurait oublier que le jour où, par l'art 1^{er} de

1. *Controv.* : voir MICHOUX : *Pand. chron.*, 1891, IV, 1 ; *Revue générale d'administration*, 1894, II, p. 5 et s. et 146 et s. ; CAMILLE LYON dans BEQUET : v^o *Comptabilité de fait*.

2. SEYDEL : *Bayer. Staatsrecht*, II, p. 237-239 ; RHEM : *op. cit.*, p. 166.

la loi de 1853, il a déclaré que les caisses de retraites désignées au tableau seraient supprimées à partir du 1^{er} janvier 1854 et leur actif acquis à l'Etat, ce jour-là *il s'est reconnu débiteur* principal de toutes ces pensions aussi bien pour le passé que pour l'avenir « (1).

On peut ajouter que la jurisprudence sanctionne cette manière de voir et qu'elle est appuyée sur une doctrine qui semble établie (2). Les conditions légales de la pension étant réalisées, le ministre, dit-on, ne peut la refuser. Il en était déjà ainsi avant la loi de 1853 (3) ; ce refus constituait la violation d'un droit qui pourrait être réformé par la voie contentieuse (4) et cela non pas seulement pour la pension due à l'ancienneté de service, mais encore pour celle qui est acquise par suite d'infirmités. « La jurisprudence, dit Dufour, d'abord égarée sur ce point, n'a pas tardé à revenir de son erreur et a décidé que la pension pour causes d'infirmités ne faisait pas moins que la pension à titre d'ancienneté *l'objet d'un droit* rigoureux et absolu et partant susceptible de motiver le recours par la voie contentieuse » (5). A plus forte raison en est-il de même depuis la loi de 1853 qui, nous l'avons vu, est formelle dans la reconnaissance du droit.

D'ailleurs, dans un avis du 25 novembre 1876, le Conseil d'Etat déclare que, d'après la loi de 1853, l'Etat a, vis-à-vis

1. Exposé des motifs d'une proposition de loi pour unifier les retraites des agents des douanes. Chambre des députés, 11 avril 1889.

2. Voir DUCROCQ : *Droit administratif*, édit., 1877, T. II, p. 209, n° 1078 ; DUFOUR : *Droit administratif*, Tome VII, 3^e édit., n° 377 et s., ainsi que les arrêts qui y sont cités.

3. Conseil d'Etat : 9 février 1850, Lebon, p. 140 : *De Wailly*, Cf. DUFOUR : *op. cit.*, n° 382 et 394.

4. DUCROCQ : *op. cit.*, n° 1078, p. 209.

5. DUFOUR : *op. cit.*, T. VII, 3^e édit., p. 366, n° 378.

des fonctionnaires « l'obligation de leur servir, après qu'ils ont rempli certaines conditions, une pension viagère d'un chiffre déterminé,.. »

Le ministre des finances semble avoir accepté cette thèse devant le Conseil d'Etat : « Lorsque le fonctionnaire, dit-il, a rempli les deux conditions d'âge et de durée du service, son *droit est acquis*... C'est ce qui résulte de l'art. 5 de la loi du 9 juin 1853, auquel il n'est fait exception que dans les cas, spécialement prévus par l'article 27, de détournement et de malversation » (1).

C'est enfin si bien chez nous un droit qu'il a fallu que la loi en établisse les déchéances : ainsi l'article 27 que nous venons de citer en cas de malversation ou de détournement, l'article 29 en cas de démission ou de révocation dans la loi du 9 juin 1853, l'article 26 de la loi du 11 avril 1831, l'article 28 de la loi du 18 avril de la même année, en cas de résidence d'un militaire à l'étranger sans autorisation du gouvernement, imposent des déchéances du droit à la pension. Les déchéances étant de stricte interprétation, en dehors des cas cités, il n'y a pas possibilité pour le fonctionnaire de perdre son droit ; elles n'ont été édictées que parce que ce droit est absolu en dehors des restrictions légales ; l'administration n'a donc pas sur ce point un pouvoir arbitraire.

La jurisprudence et les législations étrangères n'ont pas d'autre solution.

En Italie, la loi n'a pas accordé expressément au fonctionnaire un droit à la pension ; cependant la jurisprudence en a fait une obligation civile pour l'Etat, garantie par une action civile qui protège à la fois le traitement et la pension (2).

1. Au Conseil d'Etat, 23 novembre 1877, *Crochez*.

2. GIORGI : *La dottrina delle persone giuridiche*, III n° 214 ;

En Allemagne la jurisprudence d'abord (1), la loi ensuite (2) ont accordé au fonctionnaire une action judiciaire pour poursuivre le paiement de ses droits pécuniaires. C'est même cette possibilité de réclamer devant la justice civile ses droits pécuniaires qui a fait naître en Allemagne la théorie qui limite l'application du droit privé à ces droits pécuniaires et produit la théorie du contrat mixte (3).

Certaines législations vont encore plus loin et considèrent que le traitement est un droit acquis non pas seulement pour les services déjà rendus mais encore pour les services à venir.

Ainsi la Constitution du Danemark du 5 juin 1849 déclare que les fonctionnaires ne peuvent subir aucune réduction de traitement (4). La loi égyptienne ne voulant pas confisquer les retenues subies par les fonctionnaires qui quittent

p. 434 ; *Cpr.* FRANCE-CHELLI : *La giustizia nell'amministrazione e la quarta sezione del Consiglio di Stato*, n° 18 et s. Roma, 1889, ainsi que tous les arrêts qui y sont cités. On ne saurait dire cependant que la jurisprudence est bien fixe en ce sens car il y a des arrêts en sens contraire : Cass. Roma, 12 giugno, 1888, *Foro Italiano*, 1888, I, 571 ; cet arrêt refuse à un employé l'action judiciaire.

1. LABAND : *Deutsches Staatsrecht*, I, p. 467-469 ; SEYDEL : *Bayrisches Staatsrecht*, T. II, p. 237-239 ; KAMMERER : *La fonction publique en Allemagne*, p. 323 et s.

2. Loi d'organisation judiciaire § 9 ; loi des fonctionnaires du 31 mars 1873, § 149. Des lois analogues existent dans les Etats particuliers (Voir KAMMERER : *op. et loc. cit.*).

3. RHEM : *op. cit.*, p. 160 et s.

4. Constitution du 5 juin 1849 remise le 28 juillet 1866, a. 17 : « Le roi peut révoquer... déplacer les fonctionnaires sans leur consentement mais à la condition qu'ils ne subissent aucune réduction de traitement... »

le service avant l'âge légal de la retraite leur reconnaît à tout âge le droit à une retraite proportionnelle (1).

Ainsi les intérêts pécuniaires du fonctionnaire garantis par une action sont pour lui des droits.

Ces droits, dit-on, dérivent d'un contrat (2).

Le traitement en effet se présente comme la contre-presentation des services effectués par le fonctionnaire. Tous les arguments sur lesquels s'etayent les théories de droit privé sont ici reproduits, avec cette remarque qu'on évite les objections qui y ont été faites puisqu'on limite le contrat à la prestation pécuniaire et qu'on ne l'applique pas aux obligations professionnelles qui peuvent être de puissance publique. Malgré la jurisprudence administrative (3), la jurisprudence civile a admis parfois le caractère contractuel des prestations pécuniaires de la fonction (4) ; et le conseil d'Etat a été lui-même amené dans certains cas à reconnaître le droit au traitement d'un professeur en vertu d'un engagement de la personne administrative (5). Toutefois elle se donne un démenti à elle-même quand par exemple dans l'affaire Le Goff, architecte communal révoqué, l'ad-

1. Loi sur les pensions civiles, 21 juillet 1887, a. 20 (*Annuaire de la législation étrangère*, 1888, p. 817).

2. RHEM : *op. loc. cit.*

3. Notre jurisprudence administrative n'a pas accepté cette conclusion. Cs d'Etat, 24 janvier 1896 (*Revue générale d'administration* 1897, p. 166) ; 26 février 1892 ; 8 avril 1892.

4. Marseille : 2 août 1878, *Ville de Marseille c. De Bovis*, D., 79. 2. 162 ; Alais, 14 août 1878. *Ville d'Alais c. Fabre*, D., 79. 2. 163.

5. Ainsi le Conseil d'Etat admet, conformément aux observations du ministre, qu'un professeur de gymnastique ne peut être privé de son traitement tant que son engagement avec la ville n'est pas rompu par une révocation (Conseil d'Etat, 24 janvier 1896, *Ville de Narbonne*) ; cf. Conseil d'Etat, 26 février 1892. *Lion-sur-Mer* et 8 avril 1892, *Ville de Rennes*.

ministration par l'organe du préfet admet la compétence du Conseil de préfecture pour le traitement proportionnel et la repousse pour le traitement fixe, si bien que pour celui-ci il n'y a aucun recours. Cependant quelle différence y a-t-il entre le traitement fixe et le traitement éventuel ou les remises proportionnelles ? Le premier n'est-il pas en toute circonstance qu'un forfait stipulé pour éviter à la personne administrative et au fonctionnaire d'entrer dans le détail des services rendus et du temps employé. Pourquoi ce traitement changerait-il de nature quand il est la rémunération d'un seul acte ou d'un ensemble d'actes ? S'il est contractuel dans le premier cas, il doit l'être également, dit-on, dans le second.

La pension, ajoute-t-on, n'a pas un caractère différent : elle a été escomptée par le fonctionnaire qui a accepté la fonction ; elle est généralement la contre-partie des retenues faites sur le traitement et, à ce titre est une portion du traitement lui-même (1). Cela est si vrai que de nombreuses propositions de loi ont eu pour but de faire restituer au fonctionnaire qui quitte le service avant d'avoir obtenu sa pension les retenues qu'il a subies (2) ou au moins de leur donner une retraite proportionnelle : ils ont, en effet, exécuté une partie de la clause du contrat de pension qui leur était imposée, et l'Etat ne remplit pas son engagement se fondant sur ce principe de droit que l'obligation est indivisible.

Ce caractère contractuel de la pension a été reconnu par l'administration elle-même, dans des observations présen-

1. Voir à ce sujet les débats qui ont eu lieu à la Chambre des députés lors de la discussion sur la proposition de loi de M. Gouin concernant la pension de retraites et particulièrement le discours de M. de Lasteyrie (3 mars 1845. *Moniteur Universel*, 1845, p. 485).

2. Proposition de M. Marcel Barthe au Sénat (1885).

tées par le Ministre des finances devant le Conseil d'Etat à propos de la révocation d'un employé d'octroi : « Il est de principe incontesté, dit-il, que la pension est le résultat d'un *contrat à titre onéreux* entre l'administration et le fonctionnaire. Lorsque celui-ci a acquis les deux conditions d'âge et de durée de service son droit est acquis et l'administration ne peut se soustraire à l'obligation qu'elle a consenti (1) ».

Les intérêts pécuniaires des fonctionnaires constitueraient ainsi des droits acquis dérivant d'un contrat.

Cette convention est du domaine du droit privé.

Déjà Bluntschli écrivait que « le traitement attaché à la fonction a essentiellement pour but d'assurer l'existence matérielle du fonctionnaire et de sa famille et appartient aussi au droit privé (2) ».

S'inspirant de l'opinion de Bluntschli, Giorgi fait de la fonction une relation de droit public en général, mais « le droit privé entre accidentellement dans les rapports entre le fonctionnaire et l'Etat quand le premier reçoit un traitement (3) ». L'attribution d'un traitement est « la porte de droit privé qui donne entrée à une action judiciaire (4) ».

A côté du lien de droit public, unilatéral ou contractuel, il y a donc un contrat de droit privé. Cela d'ailleurs est très logique dit Rhem (5) : le *criterium* de distinction entre le droit public et le droit privé ; c'est la nature particulière ou générale de l'intérêt dominant qui est en jeu (6). Or les

1. Conseil d'Etat, 23 novembre 1877. *Crochez*.

2. BLUNTSCHLI : *Théorie générale de l'Etat*, trad. Riedmatten p. 455.

3. GIORGI : *op. cit.*, I n° 165, p. 378.

4. GIORGI : *op. et loc. cit.*

5. RHEM : *op. cit.*, p. 145 et s.

6. RHEM : *op. cit.*, p. 146-149.

obligations relatives à l'exercice même de la fonction sont établies dans l'intérêt de l'Etat (1) : le devoir d'obéissance, le devoir de gérer la fonction, les devoirs particuliers de la charge (2), le secret professionnel, le devoir de conduite respectable (3) n'ont pour but que de faciliter la gestion fidèle et honorable de la fonction et d'en rehausser l'éclat. Les droits professionnels du fonctionnaire tels que celui à la protection de l'Etat dans l'exercice de la fonction n'a, pour objet, que d'écarter les obstacles qui entraveraient la marche du service public et, par suite, d'arriver à une meilleure gestion de la fonction : c'est donc encore l'intérêt de l'Etat qui est en jeu (4). Ces droits et devoirs professionnels du fonctionnaire, dit Rhem, appartiennent donc au droit public.

Au contraire, les avantages pécuniaires de la fonction ne visant pas l'intérêt de l'Etat ; ils ne lui profitent qu'indirectement, par ricochet : ils sont adjoints à la fonction dans l'intérêt direct et immédiat du fonctionnaire et de sa famille, de sa veuve ou de ses enfants qui peuvent profiter de sa pension après sa mort ; c'est ainsi un intérêt particulier qui est en jeu, l'acte qui le vise est un contrat de droit privé (5).

Mais il n'y a pas, d'une part, un rapport de droit public, d'autre part, un contrat de droit privé : ces deux rapports juridiques ne sont pas parallèles et indifférents l'un à l'autre, le premier restant dans le domaine du droit public, le second demeurant dans celui du droit privé. Ils sont, au contraire, étroitement liés, l'un étant la cause immédiate et

1. RHEM : *op. cit.*, p. 151.

2. RHEM : *op. cit.*, p. 155.

3. RHEM : *op. cit.*, p. 157.

4. Cf. H. A. ZACCHARIÆ : *op. cit.*, II : § 136, p. 28.

5. RHEM : *op. cit.*, § 41, p. 166.

directe de l'autre. Ils sont si intimement unis qu'on ne saurait, pour Giorgi « dire précisément où l'un finit et l'autre commence, parce que si le traitement est de droit privé, il ne cesse pas pour cela de dépendre de la nature, de la durée, des conditions de la fonction, c'est-à-dire de tout le droit public de la fonction (1)..., c'est une branche de forme contractuelle privée sur un tronc sorti du domaine du droit public (2)... »

Le régime de la fonction publique n'est donc ni public ni privé, il est de nature mixte (3). Pour ceux qui, comme Giorgi, admettent que la fonction est issue d'un acte unilatéral de droit public, la nature juridique de la fonction s'analyse en un régime complexe à la fois légal et contractuel de puissance publique et de droit privé; pour ceux qui, au contraire, comme Rhem, donnent aux obligations professionnelles une origine contractuelle de droit public la fonction publique devient un contrat mixte de droit public et de droit privé.

Mais on peut entendre cette expression de contrat mixte en deux sens différents. Dans l'un, certaines obligations seraient de droit public, certaines autres seraient de droit privé; c'est la conception que nous venons d'exposer. Dans l'autre, au contraire, toutes les obligations du contrat sont de même nature, mais elles sont de droit public quand elles sont imposées à l'Etat, de droit privé quand elles sont à la charge du fonctionnaire. La même obligation a ainsi deux natures distinctes suivant qu'on l'envisage en se plaçant au point de vue de l'Etat ou à celui du fonctionnaire, c'est une opinion qui est émise et d'ailleurs rejetée dans les conclu-

1. GIORGI : *op. cit.*, I, n° 165, p. 378.

2. GIORGI : *op. cit.*, I, n° 165, p. 379.

3. GIORGI : *op. et loc. cit.*; RHEM : *op. cit.*, § 43 et 44 p. 169 et s.

sions de M. le commissaire du gouvernement, posées devant le tribunal des conflits lors d'un litige élevé entre un employé révoqué et la commune qui s'était privée de ses services (1). L'auteur fait de la fonction publique « un contrat *mixte*, administratif d'un côté, civil de l'autre, analogue en cela aux baux d'immeubles passés par l'Etat en vue de l'installation de services publics ». C'est sans doute une application de cette théorie que la nature du droit varie avec celle du sujet.

Les conséquences de ces théories mixtes sont facilement déduites : les droits pécuniaires du fonctionnaire ayant pour les uns et les autres un caractère contractuel de droit privé parce qu'ils existent dans l'intérêt du fonctionnaire qui en est le sujet, créent des litiges susceptibles non seulement d'un recours contentieux, mais encore du contentieux judiciaire. Ces droits ont ainsi l'avantage d'une sanction civile et leur violation peut recevoir une compensation pécuniaire, suivant le système de la loi allemande, et comme l'a parfois adopté notre jurisprudence française dans des cas exceptionnels.

Critique des théories mixtes. — Nous avons déjà montré que d'une façon générale la fonction publique ne pouvait reposer ni sur un contrat de droit public ni sur un acte unilatéral de puissance publique. Ainsi se trouvent déjà écartées les bases des théories de Giorgi et de Rhem qui précisément reposent l'une sur un acte unilatéral, l'autre sur un contrat de droit public : l'adjonction d'un accord de droit privé aux actes juridiques simples de droit public n'évite pas les difficultés qui nous ont fait rejeter ces théories. Nous avons repoussé les conceptions de l'acte unilaté-

1. Conflits. 27 décembre 1879, *Guidet*, S , 81, 3. 37. Concl. Cazalens.

ral et du contrat de droit public parce que dans certains cas il n'y avait pas acte unilatéral, mais contrat, dans certains autres il n'y avait pas contrat, mais acte unilatéral. Or les théories que nous étudions actuellement sont également des théories générales s'appliquant universellement à toutes les fonctions publiques et, unilatérales ou contractuelles, elles encourent ce même reproche d'embrasser dans une même conception des cas absolument dissemblables, d'appliquer parfois une théorie unilatérale quand une situation est manifestement contractuelle, de soumettre dans certains cas à un régime contractuel un rapport essentiellement unilatéral.

La critique a encore plus de prise sur les théories mixtes, car celles-ci contiennent en elles-mêmes de nouveaux éléments de contradiction. En effet pour Giorgi, le rapport de fonction publique est unilatéral et engendre cependant un accord contractuel relatif aux avantages pécuniaires ; le rapport de fonction est la cause de l'attribution du traitement. Or comment expliquer qu'un acte unilatéral, c'est-à-dire un acte de puissance publique, un acte de commandement puisse engendrer un rapport contractuel ?

On ne peut davantage admettre avec Rhem et Welker ou Cazalens que la fonction soit un contrat mixte à la fois de droit public et de droit privé.

Dans une première acception, l'expression de contrat mixte désigne un contrat qui comprend certaines obligations de droit public et certaines obligations de droit privé. Mais, comme le fait remarquer Seydel « il est impossible de partager un rapport contractuel entre plusieurs branches du droit, car les droits et les devoirs dépendent les uns des autres » (1). Il y a corrélation entre les obligations d'une des

1. SEYDEL : *Bayer. Staatsrecht*, II, p. 185.

parties et celles de l'autre; les premières sont la cause directe et immédiate des secondes, suivant une théorie générale des obligations conventionnelles. Or ce rapport de causalité ne peut se produire que dans un même cercle juridique ou de droit privé ou de droit public. Il faut donc choisir pour déterminer la nature des obligations d'un contrat entre le caractère privé et le caractère public. Si, comme Rhem l'admet, les obligations professionnelles des fonctionnaires envers l'Etat sont de droit public, les obligations de l'Etat envers le fonctionnaire ont la même nature : l'une d'elles, c'est l'obligation de verser un traitement, elle est donc de droit public et sauf les conceptions que nous avons signalées on l'admet à peu près unanimement (1).

A plus forte raison devons-nous repousser la conception du contrat mixte que signale M. Cazalens : si toutes les obligations d'une des parties sont de droit public, il est nécessaire que toutes celles de l'autre partie qui sont corrélatives des premières, qui sont la cause de celles-ci, soient également de droit public. Inversement, si les premières sont de droit privé, les secondes ont cette même nature juridique. En particulier si on considère le droit pour le fonctionnaire d'exiger son traitement comme un droit privé (2), on doit dire que l'obligation pour l'Etat de protéger le fonctionnaire dans l'exercice de sa fonction est également de droit privé. Or l'énoncé de cette simple conséquence qui a trait à la procédure du conflit et qui était autrefois réglée par l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII suffit pour faire rejeter la théorie du contrat mixte.

1. SEYDEL : *Bayer Staatsrecht*, II, p. 237 et s.; LABAND ; *op. cit.*, p. 32 ; WACH : *Handbuch des deutschen Civilprocessrechts*. Leipzig, 1885, I, p. 96 ; MEVES : dans le *Rechtlexikon de Holzendorff*, II, p. 32 ; JELLINEK : *System*, p. 32.

2. Nous avons vu qu'on ne peut distinguer le droit public du droit privé d'après la nature du sujet, p. 272 et ss.

D'ailleurs l'analogie que signale M. Cazalens et qui rapproche la fonction publique des locations d'immeubles par l'Etat en vue de l'établissement de services publics ne peut plus servir d'argument. Il y a déjà longtemps que la jurisprudence a reconnu que ces baux constituaient pour l'Etat comme pour le propriétaire un acte de droit *privé* « auquel sont applicables toutes les obligations que le Code civil impose aux locataires ordinaires » (1) et dont l'interprétation est du ressort des tribunaux judiciaires (2).

Nous sommes ainsi amenés à conclure qu'il n'y a pas de contrats mixtes à la fois de droit public et de droit privé : la fonction publique ne peut donc naître d'un contrat de cette nature.

Afin que notre démonstration soit plus complète, acceptons pour un instant que le droit admette des contrats de cette catégorie.

Pour que la fonction publique soit un rapport d'une nature mixte on nous dit que les obligations professionnelles sont de droit public parce qu'elles sont établies en vue de l'intérêt général, et que les obligations pécuniaires sont de droit privé parce qu'elles touchent surtout à l'intérêt du fonctionnaire, c'est-à-dire à un intérêt particulier.

Mais il nous semble que le traitement n'a pas en vue l'intérêt du fonctionnaire. L'Etat n'a pas évidemment l'intention de gratifier son agent ; ce n'est pas une intention de libéralité qui a dicté sa conduite. La pratique de ces libéralités fréquentes sous l'ancien régime est absente de notre politique contemporaine car les dépenses sont vérifiées par les représentants des contribuables. Mais l'Etat ne peut se passer de fonctionnaires ; il ne voit et ne se mani-

1. LAFERRIÈRE : *Juridiction administrative*, I, p. 596.

2. AUCOC : *Conférences*, 2^e édit., n^o 288, p. 441 ; Conseil d'Etat, 18 janvier 1855, *Bourgouin* ; 30 avril 1868, *Richard*.

feste que par eux. En l'absence de contrainte légale au service public dont l'effet serait d'ailleurs douteux et en tout cas néfaste, à défaut de l'amour du bien public ou de l'ambition politique chez un assez grand nombre de citoyens, en présence même de situations de fortune qui peuvent empêcher ces vertus civiques de se manifester, l'Etat a dû faire des sacrifices pour obtenir que des particuliers mettent entièrement leurs services à sa disposition. Les honneurs qu'il peut attacher à la fonction seraient eux-mêmes insuffisants et n'attireraient pas un assez grand nombre de candidats, surtout dans les fonctions subalternes.

Il est donc nécessaire que l'Etat fasse un sacrifice pécuniaire. Le traitement est ainsi d'une nécessité absolue afin de pourvoir de titulaires la plupart des fonctions. Il est donc d'abord et surtout établi dans l'intérêt de la fonction, c'est-à-dire dans l'intérêt de l'Etat.

Ce que nous disons du traitement on peut le répéter pour chacun des autres avantages pécuniaires : la pension est nécessaire parce qu'elle constitue un accessoire du traitement généralement trop faible, pour permettre au fonctionnaire de se la constituer lui-même ou de contracter une assurance au profit de sa veuve et de ses orphelins (1). De même les indemnités attribuées aux fonctionnaires sous différents noms sont des compléments du traitement accordés pour des causes exceptionnelles de dépense.

L'Etat veut être dignement représenté et ne pas voir, comme la Turquie, pour son ambassadeur à Berlin, il y a

1. Les traitements des fonctionnaires sont relativement peu élevés en France, si on les compare à ceux des pays voisins, et particulièrement à ceux de l'Angleterre : il semble que, sauf pour quelques fonctionnaires privilégiés des finances, on ait mis en pratique le conseil d'Aristote : « Il faut faire en sorte, par la législation et tout autre moyen aussi puissant, que les fonctions publiques n'enrichissent

quelques années, ses fonctionnaires désertent leur poste par suite de l'insuffisance de leurs ressources personnelles pour subvenir à leurs frais de représentation (1).

Tous les droits pécuniaires des fonctionnaires sont accordés dans l'intérêt de la fonction et de l'Etat bien plus que dans celui de l'agent : si l'on adopte le criterium de distinction entre le droit public et le droit privé que défendent Seydel et Rhem, on doit donc dire que ces obligations pécuniaires de l'Etat sont de droit public. Le rapport de fonction publique ne comprenant ainsi de part et d'autre que des obligations de droit public, n'est pas un contrat mixte, mais serait un pur contrat de droit public.

Ainsi en se plaçant dans l'hypothèse contractuelle de Rhem, en acceptant son criterium de distinction entre le droit public et le droit privé, on aboutit à une conclusion absolument opposée à la sienne.

Nous pouvons aller plus loin encore dans la réfutation de sa théorie, et par une analyse plus complète du droit au traitement et à la pension, montrer que non seulement les avantages pécuniaires ne sont pas issus d'un contrat de droit privé, mais encore qu'ils ne sont pas même le résultat d'un contrat.

Déjà, dans l'ancien régime, la pension n'était qu'un acte gracieux. Il est vrai qu'on l'accordait à des gens de cour qui ne rendaient que des services imaginaires ; le fonctionnaire, au contraire, était malgré son âge maintenu dans le service actif et s'il s'en retirait, il ne lui était pas dû de

jamais ceux qui les occupent : Μέγιστον δ'εν πάση πολιτείᾳ τὸ καὶ τοῖς νομοῖς καὶ τῇ ἄλλῃ οἰκονομίᾳ οὕτω τετάχθαι, ὥστε μὴ εἶναι τὰς ἀρχὰς κερδαινειν. » ARISTOTE : *Politique*, liv. VIII, ch. VII, p. 409. Trad. Barthélemy. Saint-Hilaire, Paris 1837.

1. C'est d'ailleurs en Turquie un fait assez commun.

pension. Seule une mesure gracieuse du prince pouvait la lui accorder.

En Suisse, il en est encore ainsi : les pensions civiles sont dues aux seuls agents des postes et télégraphes et au seul cas d'accident subi dans le service.

Aux Etats-Unis, les pensions civiles sont également une faveur ; elles sont devenues un moyen facile quoiqu'onéreux pour le trésor, de récompenser des services électoraux. Il en résulte même ce fait caractéristique : le nombre des pensionnés de la guerre de Sécession qui, en 1870, était inférieur à 400.000, s'est élevé en 1896 à 970.678 (1).

En France, dans la législation actuelle le traitement et la pension sont bien un droit pour le fonctionnaire, mais ce droit a sa source dans la loi et non dans un acte contractuel (2).

C'est le législateur ou le pouvoir exécutif dans sa « législation secondaire » qui détermine la base et la quotité des traitements et pensions des fonctionnaires. C'est même une loi spéciale, la loi du budget, qui forme titre entre le fonctionnaire et l'Etat (3). Cela est si vrai, qu'en fait la loi du budget étend ou restreint les obligations pécuniaires de l'Etat malgré les lois spéciales organisatrices du service. Le Parlement, dans la loi des finances, supprime-t-il le crédit affecté à un service ? le fonctionnaire qui a fait son service obtiendra bien du juge au contentieux la déclaration de son droit au traitement en vertu de la loi spéciale, mais le ministre ne

1. Statistique du *World*. — La guerre de Sécession a eu lieu en 1865 ; on paiera encore des pensions à des « volontaires » de cette guerre en l'an 2.000 ! La dette relative à ces pensions était, en 1890 de 106 millions, en 1897 elle s'est élevée à 140 millions.

2. LAFERRIÈRE : *Juridiction administrative*, II, p. 193.

3. LAFERRIÈRE : *op. cit.*, II, p. 196.

pourra pas exécuter la condamnation faute de crédits pour acquitter la dette (1).

Spécialement pour la pension, il faut pour que le fonctionnaire y ait droit, qu'il soit admis par un acte unilatéral de l'administration qui prétend user sur ce point d'un pouvoir discrétionnaire.

Ainsi dans la discussion du budget de 1897 à la Chambre des députés un représentant demandait une augmentation de crédits de 100.000 francs pour donner une pension à des fonctionnaires ayant l'âge requis et réunissant toutes les conditions nécessaires pour l'obtenir en disant qu'il y avait là pour eux un *droit*. Le ministre des finances combattit la proposition en indiquant expressément que le prétendu droit n'était qu'une possibilité, une « vocation » à la pension, parce que, outre les conditions requises par la loi, pour obtenir la pension il fallait : 1° l'admission à faire valoir ses droits à la retraite par l'administration ; 2° le vote des crédits nécessaires pour la payer.

1. Cependant la pratique gouvernementale ne reconnaît pas au pouvoir législatif le droit de supprimer par voie budgétaire des fonctions qui n'ont pas été régulièrement abrogées par une loi spéciale : ainsi en 1877, on a empêché la suppression par voie budgétaire des aumôniers militaires qui n'ont disparu que par le vote de la loi spéciale du 3 juillet 1880 ; malgré la suppression des crédits pour les sous-préfectures de Sceaux et Saint-Denis, le gouvernement a maintenu ces deux sous-préfets et les a payés sur des crédits supplémentaires ; la question s'est encore posée pour les séminaires en 1884 et le Sénat s'est opposé à la suppression des crédits. Le rapport de M. Dauphin s'exprime ainsi : « Votre commission se tient ainsi dans l'application d'un principe que le Sénat a toujours maintenu intact et que la Chambre des députés a consacré chaque fois qu'il a été invoqué, à savoir que les lois qui organisent un service public ne peuvent être abrogées ou modifiées que suivant les termes et avec les garanties exigées par la Constitution. Cette abrogation ou cette modification ne saurait être opérée d'une manière détournée par voie budgétaire ». *Journal Officiel* 1883, p. 1154.

Ce droit est donc soumis à ces deux conditions suspensives. Il en est de même pour le traitement. Le fonctionnaire même en exercice peut voir modifier d'une façon normale son traitement par des décisions législatives nouvelles. Il profitera de l'augmentation ou subira la diminution sans que ni eux ni l'Etat puissent se prévaloir des décisions qui étaient en vigueur à l'époque de la nomination. Il est arrivé plus d'une fois que des lois spéciales ont allégé les charges du trésor en imposant aux fonctionnaires en exercice le sacrifice d'une partie de leurs émoluments. La loi du 27 floréal an VII opéra dans les traitements des réductions variant de 5 à 10 o/o qui devaient durer jusqu'à la paix générale ; celle du 18 avril 1831 imposa des retenues de 2 à 25 o/o et le décret-loi du 6 avril 1848 fit des réductions qui atteignirent 30 o/o. Récemment, en Italie, l'impôt de 20 o/o sur le revenu frappa non seulement la rente mais encore le traitement des fonctionnaires, ce qui ne fut pour l'Etat qu'une façon déguisée de réduire ses obligations pécuniaires. S'il peut le faire en dehors de la volonté du fonctionnaire, c'est donc que ces obligations n'ont pas été établies d'un commun accord, c'est-à-dire par contrat (1), mais seulement par un acte unilatéral de l'Etat.

C'est si bien la loi du budget qui est le titre en vertu duquel le fonctionnaire peut réclamer son traitement ou sa pension que, quand les crédits nécessaires pour son paiement ont été inscrits au budget, le fonctionnaire a droit à ce traitement pour toute la durée de l'exercice tant qu'il n'aura pas été légalement privé de sa fonction (2).

1. HAURIUO : *Précis*, p. 625.

2. C'est la thèse de l'administration confirmée par la jurisprudence du Conseil d'Etat « On ne saurait soutenir, disait le ministre, qu'un professeur a commencé son service avec cette pensée qu'il ne

Le crédit affecté au traitement a-t-il été au contraire ouvert par un simple arrêté ? Un nouvel arrêté peut suspendre à tout moment l'allocation, le droit du fonctionnaire ne porte alors que sur le traitement afférent aux services déjà rendus (1). Le droit du fonctionnaire sur son traitement trouve donc son origine et sa cause dans la mesure législative constitutive du crédit, loi ou décret, c'est-à-dire dans un acte juridique qui n'a rien de contractuel (2).

La pension de retraite, nous l'avons déjà montré à propos de son caractère public, n'a pas une nature différente de celle du traitement dont elle est un accessoire ou un complément (3) ; elle est également soumise à un régime

toucherait qu'une partie du crédit de 1,200 francs proportionnelle à la durée de ses fonctions. Le budget étant voté pour l'année entière, il a dû croire au contraire que ce traitement lui serait dans tous les cas acquis intégralement, s'il remplissait convenablement son emploi. Sans doute il aurait pu être l'objet d'une révocation qui aurait naturellement entraîné la privation de son traitement aussi bien que s'il avait cessé spontanément ses fonctions ; mais il n'en était pas ainsi dans l'espèce et l'engagement résultant de l'inscription du crédit au budget et d'un commencement d'exécution du service correspondant liait la municipalité ». Le conseil d'Etat a approuvé les observations du ministre. Conseil d'Etat, 24 février 1896 : *Ville de Narbonne*. Cf. Conseil d'Etat, 26 février 1892 : *Lion sur Mer*, 8 avril 1892, *Rennes*.

1. Conseil d'Etat, 8 avril 1892. *Rennes*, Lebon p. 357.

2. La jurisprudence italienne admet sur ce point la même solution que la jurisprudence française : Voir un arrêt de la cour de Lucques (*Archivio di diritto pubblico*, 1852, p. 59 et s.). Voyez cependant en sens contraire un arrêt de la cour de Florence (*Foro Italiano*, XVI, I, p. 818 et s.)

3. Le caractère accessoire de la pension est très bien exposé dans les débats qui ont eu lieu à propos de la loi de 1890 sur l'article 1780 du Code civil et dont le but primitif était d'éviter les révocations arbitraires d'employés de chemins de fer à la veille de recevoir des compagnies leurs pensions de retraites. Discours de M. Cuvinot (Sénat, Débats du 15 novembre 1887 *Journal officiel*

légal ; elle est concédée par un décret et inscrite au grand livre de la dette publique.

Comme pour le traitement à venir, le droit à la pension n'est qu'éventuel et suppose, nous l'avons vu, l'admission par l'administration à faire valoir ses droits à la retraite.

Ce droit se perd par suite d'actes unilatéraux ; la destitution ou la révocation de la fonction font perdre tous les avantages jusque-là acquis par le fonctionnaire (1).

Les conditions d'obtention peuvent en être modifiées par la loi même au détriment des fonctionnaires en exercice. Ceux-ci ne peuvent se prévaloir, au moment de la liquidation de leur retraite, des modes d'établissement du taux des pensions plus avantageux qui auraient été en vigueur au moment de leur entrée en fonction, et réciproquement l'Etat ne peut leur refuser le bénéfice de nouveaux tarifs établis par la loi, à moins de dispositions particulières (2).

Toutes ces modifications au régime des pensions sont unilatérales et postérieures à l'acceptation de la fonction par le fonctionnaire ; un régime ainsi modifié par l'une des parties n'est pas un régime contractuel.

p. 917-918) de M. Pâris (*id.*, 20 février 1888. *J. off.* p. 174). Ce dernier expose cette idée qu'une partie de la pension doit être donnée à l'employé congédié au moins sous la forme de restitution des retenues. Le ministre s'y opposa parce que « l'adoption de cette proposition serait réclamée demain par tous les fonctionnaires de l'Etat. (*l. c.* p. 175). M. Boulanger répondit que la loi de 1853 s'opposait à cette assimilation parce qu'elle constituait un régime spécial ; cependant des orateurs comme M. Buffet en défendirent la légitimité pour le fonctionnaire.

1. Loi 9 juin 1853, a. 15.

2. On peut citer comme exemple de ces dispositions spéciales, celui de la loi du 26 janvier 1892 et du règlement du 21 avril suivant pour les pensions des militaires et des douaniers ainsi que celui de la loi du 4 mai 1892 et du 17 août suivant pour les pensions des agents forestiers.

On a fait valoir, en d'autres circonstances (1), qu'on pouvait considérer la pension de retraite comme la contre-partie des retenues subies par le fonctionnaire.

C'est inexact en fait et en droit. D'abord la quotité de la pension est absolument indépendante du produit des retenues (2).

Même les retenues ne fournissent qu'une faible part des sommes affectées aux pensions civiles : elles produisaient il y a quelques années 23 millions alors que les pensions qui leur correspondaient dépassaient le chiffre de soixante millions (3).

De plus si les retenues étaient la contre-partie de la pension, elles devraient être restituées quand la pension n'est pas versée par suite de révocation (4) ; on comprend difficilement un contrat dont l'exécution dépend de la volonté de celui qui s'oblige, c'est là un contrat nul en droit civil (art. 1174). La non-restitution des retenues équivaldrait alors à une confiscation (5). Or si le système de la restitution des retenues en cas de non paiement de la pension peut être défendu en législation (6), il n'est assurément pas celui de

1. A propos des pensions de retraites des employés de chemins de fer, dans la préparation longue et laborieuse de la loi du 27 décembre 1890.

2. VIVIEN : *Etudes administratives*, 3^e éd., I, p. 300.

3. LAFERRIÈRE : *op. cit.*, II, 194.

4. Cette restitution a fait l'objet de propositions de loi, entre autres de celle de M. Gouin (1845), de M. Lorgeril (1893) d'un projet gouvernemental du 27 juin 1891 (*Journal officiel*, annexe 1550). Voir le discours de M. de Lasteyrie dans le *Moniteur* de 1845, p. 485 et l'étude des différents projets proposés pour les employés des chemins de fer dans J. FERRAND : *op. cit.*, p. 337 et s.

5. VIVIEN : *op. cit.*, I, 330.

6. Voir plus haut.

notre droit positif (1). A la veille d'être obligé de verser une pension de retraite, l'Etat peut se libérer de son obligation en révoquant l'intéressé. Celui-ci n'a pas même le droit de continuer non pas la fonction, mais le versement des retenues, c'est-à-dire ce prétendu contrat de pension de retraite que Rhem envisage comme un accessoire du contrat de service public, jusqu'à ce qu'il ait parfait le temps nécessaire et atteint l'âge requis pour obtenir la pension (2).

Inversement, des retenues sont encore faites sur le traitement du fonctionnaire qui a droit au maximum de pension.

Voilà donc deux séries de cas dans lesquels à des retenues ne correspondent pas des pensions.

Voici également des cas dans lesquels au contraire à des pensions ne correspondent pas des retenues.

Si l'art. 18 § 5 de la loi du 9 juin 1853, dispose que « la pension n'est liquidée que pour le temps pendant lequel les fonctionnaires auront subi la retenue », il n'en résulte pas du tout que les traitements et les services auxquels ils correspondent soient nonavenus au point de vue de la retraite, même si en fait les retenues n'ont pas été opérées.

Cet opinion a d'abord fait doute pour la jurisprudence. Un avis de la section des finances au Conseil d'Etat, en date du 12 novembre 1878, exigeait au contraire que la retenue ait été effectivement subie.

Mais un avis du 17 juillet 1880 est déjà moins absolu, tout en admettant cependant la corrélation entre le droit à la pension et le prélèvement des retenues. Enfin un avis du 12 juillet 1892 est nettement contraire à l'opinion première et décide que « si le défaut de retenue peut motiver un arrêt

1. Conseil d'Etat, 20 février 1868, *Tournier*.

2. Voir l'arrêt précité.

de débet, il ne saurait faire obstacle à la reconnaissance du droit à la pension » (1).

La jurisprudence s'est conformée à ces décisions : elle fait entrer dans ce calcul du temps de services nécessaire pour obtenir la pension la période pendant laquelle le traitement a été suspendu et par suite les retenues n'ont pas été versées (2). Elle a même rendu un arrêt en ce sens dans une espèce où le traitement avait été effectivement touché sans que la retenue ait été opérée (3).

Il y a enfin des cas où normalement sans retenue aucune le fonctionnaire reçoit une pension : nous avons en France ce système dans la loi de 1790 ; c'est celui de la loi allemande de 1873 et du 3 mars 1888, et celui de la loi anglaise du 17 août 1857.

S'il y a des retenues sans pension, c'est que la retenue n'est pas la contre-partie de la pension ; elle n'est pas « la prime d'une assurance mutuelle entre les fonctionnaires » (4), il n'y a pas corrélation entre l'un et l'autre, la retenue est simplement une réduction du traitement ou comme on l'a dit « un impôt spécial destiné à rendre le service des pensions moins onéreux pour le trésor » (5).

Non seulement par une analyse du fonctionnement des pensions de retraite, mais encore par l'examen du fait du

1. Il est cependant des cas dans lesquels certains fonctionnaires doivent effectuer eux-mêmes le versement des retenues à la caisse du receveur des finances (Décret 9 novembre 1853 a. 13). Ce sont ceux qui tout en appartenant aux cadres permanents d'une administration publique sont rétribués en tout ou partie sur les fonds des départements, des communes ou des compagnies concessionnaires. (Loi 9 juin 1853, a. 4, § 3).

2. Conseil d'Etat 24 janvier 1879 : *Michelet* ; 3 janvier 1881, *BERNARD*.

3. Conseil d'Etat : 3 mars 1893 : *Rassaya*.

4. *VIVIEN* : *Etudes administratives*, 3^e éd. I, p. 300.

5. *LAFFERRIÈRE* : *op. cit.*, II, p. 194.

versement de ces retenues, on arrive à cette conclusion que celle-ci n'a pas une nature juridique propre.

La forme du versement n'est pas différente de celle d'un impôt : la prime n'est pas donnée librement par le fonctionnaire comme on paie une assurance. Elle est obligatoire pour lui et il ne peut s'y soustraire ; elle est non pas versée par lui mais « retenue » par celui qui solde le montant du mandat ordonnancé, par l'Etat qui se paie de ses propres mains. Le procédé de comptabilité employé n'est pas différent de celui des impôts ; le mandat énonce la déduction à faire et la somme nette à verser, le payeur porte sur ses livres d'une part, un versement égal au montant intégral du mandat et constate, d'autre part, en recettes la retenue opérée (1).

La dette de l'Etat en matière de pension ne résulte donc pas d'un accord contractuel. C'est par un acte législatif qu'en 1853 l'Etat, supprimant les caisses de retraites particulières, s'est reconnu débiteur de toutes les pensions qu'elles devaient verser pour le présent et pour l'avenir (2), comme c'est par un acte administratif du pouvoir exécutif qu'il se constitue débiteur de chaque pension que, par décret, il inscrit au grand-livre (3).

En résumé, le traitement comme la pension, et on doit en

1. a. 5, décret 9 novembre 1853 « les traitements ou allocations passibles de retenues qui sont acquittés par les comptables du Trésor sont portés pour le brut dans les ordonnances et mandats et il y est fait mention spéciale des retenues à exercer pour pension. Les comptables chargés du paiement de ces ordonnances ou mandats les imputent en dépenses pour leur montant intégral et constatent en recette les retenues opérées au crédit du budget de chaque exercice. »

2. Voir l'exposé des motifs d'une proposition de loi de M. de La-reinty pour unifier les retraites des agents des douanes. Chambre 11 avril 1889.

3. VIVIEN : *op. cit* , p. 300 : « L'Etat se déclare débiteur d'une pension... »

dire tout autant des autres droits pécuniaires, n'ont pas par eux-mêmes un caractère contractuel ; ils ne sont pas par conséquent le résultat d'une convention spéciale de droit privé qui s'ajoute et modifie le régime de droit public de la fonction : celle-ci n'est donc pas un contrat mixte spécial.

Les théories mixtes ainsi écartées par une démonstration du caractère non contractuel des droits pécuniaires du fonctionnaire, n'allons-nous pas retomber dans une autre difficulté ? Nous venons de dire en effet que l'Etat se constituait débiteur de tous les traitements et pensions civiles par un acte législatif, la loi de finances, et qu'il se déclarait débiteur de chaque traitement, de chaque pension en particulier, par un acte de puissance publique, par un décret. Si nous entendions par là faire des obligations pécuniaires de l'Etat des obligations à caractère unilatéral qui ne soient pas la contre-partie des obligations professionnelles du fonctionnaire, la fonction serait placée dans tous les cas sous un régime d'autorité. Or, nous avons nié qu'il en fut toujours ainsi ; il y aurait contradiction entre le caractère unilatéral des obligations pécuniaires et parfois le caractère synallagmatique des obligations professionnelles. Mais ce n'est pas en ce sens qu'il faut interpréter notre opinion. L'acte unilatéral de l'Etat, acte spécial accordant par exemple la pension, n'est pas constitutif mais déclaratif du droit du fonctionnaire, qui tire ce droit de la loi générale organisatrice du service et d'elle seule. Même la loi de finances ne pourrait détruire le droit du fonctionnaire ; elle ne pourrait que l'empêcher de recevoir son exécution. Ainsi, en 1877, le Parlement supprimait dans le budget le crédit affecté au paiement du traitement des sous-préfets de Sceaux et de Saint-Denis créés par la loi du 28 pluviôse an VIII et l'arrêté des consuls du 17 ventôse an VIII, le

gouvernement pensa qu'il n'avait pas le droit de modifier la situation de ces fonctionnaires ; il les maintint et les paya sur des crédits supplémentaires (1). Si une loi de finances ne peut modifier la situation créée à des agents par une autre loi, à plus forte raison un acte du pouvoir exécutif ne peut-il le faire. Donc le décret qui accorde la pension, nomme le fonctionnaire avec le traitement de telle classe, n'est que la manifestation de l'obligation pré-existante et ne touche pas à son caractère unilatéral ou contractuel. Les droits pécuniaires du fonctionnaire n'ont pas une autre nature que les droits professionnels. Nous avons vu qu'ils n'en différaient pas dans leurs causes ni dans leurs effets. Si la fonction est un rapport unilatéral, ils seront comme elle soumis à un régime unilatéral, si elle est née d'un contrat, les droits pécuniaires seront les clauses du contrat.

Ces droits pécuniaires sont si intimement liés à la fonction que des auteurs comme Laband en ont voulu faire une sorte de « rente liée à la fonction » ou bien « une rente alimentaire professionnelle en rapport avec le rang du fonctionnaire » (2). C'est là une fiction inutile puisque aussi bien par un régime légal que par un régime contractuel on peut rendre compte des obligations pécuniaires de l'Etat : dans le premier cas, c'est une faveur volontaire de l'Etat qui, cependant, nous le verrons, constitue pour le fonctionnaire un intérêt suffisant pour intenter le recours pour excès de pouvoir, en cas de violation des

1. Voir également le rapport de M. Varroy (*Journal officiel*, 1881, p. 677) à propos de la suppression du chapitre de Saint-Denis.

2. LABAND : *Deutsches Staatsrecht* I, p. 455. Voir également sur ce point : G. MEYER : *op. cit.*, § 150, p. 462 et s.; ZORN : *op. cit.*, I, p. 318; LOENING *op. cit.*, p. 131; JELLINEK : *System*, p. 172.

règles légales. Dans le second cas, au contraire, c'est la contre-prestation des services effectués par l'agent, c'est le salaire du louage.

Non seulement cette fiction est inutile, mais elle ne répond pas à la réalité des faits : le traitement n'est pas du tout proportionné au rang social de la fonction ; bien au contraire, les fonctions les plus élevées conférant plus d'honneurs à leurs titulaires n'ont pas toujours besoin, pour être recherchées, d'un traitement très élevé.

D'ailleurs, comment expliquer que certaines fonctions n'aient pas de traitement ? Avec la théorie de la rente, il faut dire que le besoin ne s'en fait pas sentir, il n'y a pas lieu de donner une pension alimentaire à un fonctionnaire fortuné. Mais alors ce n'est plus à la fonction, c'est au fonctionnaire qu'est lié le traitement. Au seul fonctionnaire peu fortuné sera donné un traitement et une pension ; il faudra par suite vérifier sa situation de fortune. D'autre part, une rente alimentaire est en droit toujours proportionnée aux besoins de son créancier. Dans notre cas, au contraire, le traitement n'est pas personnel et relatif ; il est uniforme pour tous les fonctionnaires d'une même catégorie et d'une même classe ; avec la théorie de Laband il faudrait prendre des mesures individuelles et donner à l'agent un traitement plus ou moins élevé, suivant qu'il est célibataire, chargé d'ascendants, marié, père de famille, etc.

Cette théorie est donc du domaine de la fantaisie et nous devons en retenir seulement ceci que les obligations pécuniaires de l'Etat sont intimement liées à la fonction publique et n'ont pas un caractère juridique différent des obligations professionnelles : la fonction est indivisible, elle ne fait pas l'objet d'un contrat mixte.

— Nous avons maintenant écarté toutes les théories générales qui nous ont été proposées.

Nous avons repoussé l'application des théories de droit privé aux fonctions publiques parce que celles-ci confèrent parfois au fonctionnaire l'exercice de la puissance publique qui ne peut faire l'objet d'un acte de droit privé.

Nous avons rejeté l'explication donnée par les théories de droit public, contractuelles ou unilatérales, parce que, d'une part, la puissance publique ne peut être partie à un contrat et que, d'autre part, il est des rapports de fonction qui ne sortent pas du domaine du droit privé.

Nous avons enfin réfuté les théories mixtes à la fois de droit public et de droit privé parce que les différentes obligations de la fonction sont indivisibles et ont toutes le même caractère juridique.

Une seule explication nous est maintenant possible : si les fonctions publiques ne sont ni toutes de droit public, ni toutes de droit privé, ni jamais de droit mixte, c'est sans doute que dans certains cas elles ont un caractère privé, dans les autres elles ont un caractère public.

C'est à la démonstration directe de cette affirmation déjà indirectement établie que sera consacrée notre seconde partie.

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE PREMIER

THÉORIE GÉNÉRALE DE L'ÉTAT

Nous avons écarté les théories générales contractuelles de la fonction publique en montrant que dans certains cas l'Etat n'était pas une *personne* et par conséquent ne pouvait entrer avec une autre personne dans les liens d'un contrat.

Nous avons repoussé les théories générales de l'acte unilatéral en prouvant que parfois l'Etat est une *personne juridique* qui, pour faire du citoyen un fonctionnaire, entre en rapport avec lui sur un pied de parfaite égalité et par conséquent ne peut être lié avec lui par un rapport d'autorité.

La théorie de la fonction est donc suspendue à celle de la personnalité de l'Etat puisque, selon que celui-ci est ou non personnifié, la fonction publique peut être ou ne pas être contractuelle.

Il s'agit donc de déterminer dans quel cas l'Etat est une personne juridique.

Deux théories se partagent l'opinion des juristes sur ce point. Pour les uns, l'Etat n'est une personne qu'en tant

qu'il reste dans le droit privé, gérant des services d'intérêt général et n'ayant d'autres prérogatives que celles dont jouirait dans les mêmes cas un particulier ou une société privée. Pour les autres, l'Etat est personnifié non pas seulement dans le cas précédent, mais encore en toute circonstance ; sa personnalité s'affirme dans le droit privé et dans le droit public, dans la gestion de services d'intérêt général et dans l'exécution d'actes de puissance publique, quelque dérogatoires au droit commun de la personnalité que soient les prérogatives dont il jouisse et qu'il exerce actuellement.

SECTION I

La personnalité de l'Etat

La personne privée. — Le mot « personne » dans la langue juridique désigne un sujet de droits ; la personnalité c'est l'aptitude à être sujet des droits. Les expressions de « personne morale » ou plus exactement « personne civile », « personne juridique » désignent un sujet de droits qui n'est pas en même temps un individu physique (1).

L'Etat, en tant qu'il fait des actes identiques à ceux que pourrait faire un particulier, jouit, tout le monde l'admet, de la « personnalité civile ». Il peut en effet devenir propriétaire, créancier, débiteur, et par là est soumis aux règles du droit commun, toutes les fois que la loi ne lui a pas fait une situation privilégiée. Il n'y a pas par exemple une théorie de la propriété qui lui soit propre ; il acquiert, transmet ce

1. Toutes ces expressions sont d'ailleurs inexactes : celle de « personne morale » est fautive, car nous ne sommes pas dans le domaine de la morale ; celle de « personne civile » préjuge de la question de savoir si la personnalité s'applique aussi à la puissance publique ; celle de « personne juridique » ne distingue pas les collectivités des individus qui ont aussi cette qualité.

droit de la même manière que le ferait un particulier. Il n'y a pas pour lui une théorie spéciale des obligations : les dispositions purement formelles qui exigent des garanties particulières dans des cas déterminés n'ont pour but que la protection des intérêts des contribuables et affectent un caractère exceptionnel, en dehors d'elles, c'est au droit commun qu'il faut recourir. C'est donc que le droit commun fait la base de ces rapports de la personne privée de l'Etat.

Le champ d'application de cette personnalité est assez vaste : non content de posséder un domaine privé et de le gérer, l'Etat est à la tête de nombreux services d'intérêt général qui ne supposent pas l'emploi de la puissance publique et ne sont que des gérances : tels les chemins de fer, les postes et télégraphes, l'imprimerie nationale ; il devient producteur dans ses manufactures et il en vend les produits ; même quand il a le monopole d'une industrie, les actes qu'il fait à cette occasion ne sont pas différents de ceux d'un commerçant ordinaire qui pourrait fort bien avoir un monopole de fait (1).

Cette personnalité civile de l'Etat qui fait des actes de gestion est nécessaire (2) pour remplir ses fonctions essen-

1. M. Hauriou pense que la question d'un monopole public, implique au contraire l'exercice de la puissance publique. C'est confondre l'établissement du monopole qui a lieu par un acte de puissance et la gestion du monopole établi qui s'opère par des actes de personne privée : achats, ventes, etc.

2. FIORE : *De la personnalité civile de l'Etat* (*Revue du droit international public*, 1894, p. 343. « Si l'on envisage le but pour lequel l'Etat est constitué, on doit reconnaître qu'il ne peut lui suffire d'avoir l'intégralité de la puissance publique ou d'être considéré comme sujet de rapports de droit public ; il est encore nécessaire qu'il ait un patrimoine, la capacité pour l'administrer et le conserver et, à cet effet, qu'il soit considéré comme un sujet de rap-

tielles (1) ; aussi ne la lui a-t-on jamais refusée. On l'a laissé au contraire s'étendre chaque jour davantage. « Dans les sociétés aryennes, dit M. Duguit, c'est le droit romain qui a assuré la formation de cette idée que l'Etat est aussi un particulier » (2) ; mais dans cette législation la personnalité civile de l'Etat a été limitée à celle du fisc. Le fisc ne fut d'abord que la caisse particulière de l'empereur, mais il se confondit bientôt avec le trésor public (3). Celui-ci emprunta à l'empereur sa personnalité ; mais l'évolution du droit romain s'arrêta là. Jamais la puissance publique n'eût la qualité de sujet de droits. Les théories modernes sont un peu différentes ; le droit a étendu la personnalité de l'Etat en lui donnant de nouveaux droits privés. En France on s'est généralement arrêté à cette conception privée de la personnalité (4) ; en Allemagne, où la personne privée qu'est l'Etat a gardé le nom de fisc (5), les

ports de droit privé, c'est-à-dire qu'il ait la capacité requise pour jouir des droits patrimoniaux et pour les exercer ; il est nécessaire en d'autres termes qu'il ait la personnalité civile ».

1. FIORE : *op. cit.*, p. 349-350.

2. DUGUIT : *Les fonctions juridiques de l'Etat moderne* (*Revue Internationale de sociologie*, 1894, p. 188).

3. Voir P. DARESTE DE LA CHAVANNE : *Des contrats passés par l'Etat*, p. 91 ets.

4. DUCROCQ : *Cours de droit administratif*. 6^e éd. 1881 T. II, p. 104, n^o 905 ; *De la personnalité civile en France du Saint-Siège et des autres puissances étrangères* (*Revue du dr. pub.*, 1894, I, p. 10) ; BERTHÉLEMY : *Traité de droit administratif*, p. 514 ; PLANIOL : *Traité de droit civil*, T. I ; VAREILLES-SOMMIÈRES : *Le projet de loi contre les associations* (*Revue de Lille*, 1892, p. 18) ; *Du contrat d'association*, Paris 1893 ; MONGIN : *Étude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité* (*Revue critique*, 1890, p. 697 et s). — Voir en sens contraire : HAURIOU : *Précis de droit administratif*, 3^e éd. p. 323 et s.

5. « L'expression de fisc a en Allemagne une signification toute spéciale ; elle ne s'applique pas aux services qui sont considérés en

discussions sont vives entre deux écoles : l'école romaniste a suivi la conception romaine de Savigny et Puchta et ne fait de l'Etat une personne qu'autant que celui-ci agit dans le domaine du droit privé et fait des actes de gestion ; l'école historique attribue à l'Etat des *droits* de puissance publique et ajoute à la personnalité privée une personnalité publique d'un nouveau genre (1).

Quoi qu'il en soit, il est un point sur lequel tous les auteurs sont d'accord, c'est qu'il y a dans l'Etat au moins une personne privée : l'Etat peut être propriétaire, créancier, débiteur, il peut donc passer des contrats avec le fonctionnaire.

§ 2. *La puissance publique est-elle une personne juridique ?*

Mais si les juristes sont d'accord pour attribuer à l'Etat qui fait des actes de gestion la personnalité juridique, il n'en est plus de même quand il s'agit de l'Etat qui fait des actes de puissance publique.

France comme des services fiscaux par excellence, à ceux qui président à l'assiette et au recouvrement de l'impôt ; elle vise uniquement ce que nous appelons en droit administratif français l'Etat partie contractante, l'Etat débiteur par opposition à l'Etat puissance publique ». LAFERRIERE : *op. cit.*, I, p. 40. Cf. PRIMKER : *Verhandlungen der IX^{en} Juristentags*, T. III, p. 28 : « L'Etat se présente comme fisc lorsqu'il possède des propriétés foncières, des constructions publiques, des domaines, des forêts, des routes, des magasins de provisions, des armes, etc. ; lorsqu'il émet des emprunts, lorsqu'il tire de l'argent d'autres sources de revenus. notamment lorsqu'il fait le commerce du tabac et du sel, établit une loterie, se fait entrepreneur de chemins de fer, de télégraphes, etc. et fait conclure par ses fonctionnaires des contrats et des actes juridiques nécessaires à l'administration ».

1. Voir : MEYER ; *Lehrbuch der deutschen Staatsrechts* § 149 et les auteurs qui y sont cités.

On peut grouper les opinions qui ont été émises sur ce point, sous trois chefs : I. les systèmes de la personnalité réelle ; II. les systèmes de la personnalité fictive ; III. les systèmes de la non-personnalité.

I. *Système de la personnalité réelle ou théories de la volonté.* — Pour accorder à l'Etat la personnalité publique on raisonne généralement ainsi : il y a indéniablement des *droits* de puissance publique (1) ; ces droits doivent avoir un sujet ; ce sujet ne peut être que l'Etat, puisque c'est en son nom qu'ils sont exercés ; d'autre part, l'Etat peut être sujet de droits, car la base du droit c'est la volonté, et l'Etat a une volonté qui lui est propre. Un sujet de droits doué d'une volonté naturelle est une personne réelle.

Ainsi « la puissance publique, dit Giorgi, est une personnalité qui se réunit sur le même sujet que la personnalité privée de l'Etat sans cependant se confondre avec elle » (3). En effet, à côté du droit privé dont jouit chaque personne concrète ou abstraite, il y a des droits de puissance publique dont jouissent les établissements publics. On les reconnaît à ce qu'ils entraînent des prérogatives qui dépassent celles dont usent les particuliers, à ce que les litiges qu'ils provoquent échappent en toute circonstance de plein droit au contentieux judiciaire. Ces droits ce sont à la fois les droits régaliens que la royauté de l'ancien régime a repris peu à peu sur les seigneurs féodaux : jus-

1. HAURIUO : *op. cit.*, p. 555 et s., p. 566 et s., p. 613 et s.

2. HAURIUO : *op. cit.*, p. 323 et s.

3. GIORGI : *La dottrina*, T. II, p. 1. « Sono due personalita, la politica et la giuridica che non rícusano di trovarsi insieme, e possono riunirsi nel medesimo soggetto senza confondersi ». Cf. PRIMKER, *op. et loc. cit.* « La théorie de la double personnalité de l'Etat distingue l'Etat considéré comme fisc, et l'Etat considéré comme gouvernement sujet de droits de puissance publique ».

tice, police, armée, etc., et les droits qui correspondent aux opérations administratives générales, tels que l'impôt, l'expropriation, les travaux publics. Les premiers confèrent à l'Etat un pouvoir dont aucun particulier ne pourrait jouir, les seconds sont des modes d'acquisition qui sortent du droit commun : ils constituent des opérations juridiques qui supposent chez leurs auteurs la capacité de les accomplir. Cet auteur ne peut être un sujet de droit privé parce que ces droits n'appartiennent pas au droit privé, ce ne peut donc être qu'une personne de droit public. D'autre part, pour agir ou défendre en justice, il faut être une personne : or quand le préfet poursuit le recouvrement d'un impôt, quand le ministre de la justice est actionné en dommages-intérêts par un condamné dont le procès revisé a fait éclater l'innocence, ce n'est pas le préfet ou le ministre qui agissent, ils sont là au nom de quelqu'un, ils représentent le sujet du droit litigieux, ce sujet ce n'est pas la personne privée puisque ce n'est pas elle qui a établi l'impôt ou rendu la décision judiciaire, mais c'est la puissance publique qui a établi le rôle des contributions et prononcé le jugement. Elle est donc une personne juridique (1).

Cette personnification, dit M. Jacquelin, est nécessaire, car le droit n'a de prise que sur les personnes ; on ne peut donc soumettre la puissance publique à la réglementation, même législative, à un contrôle juridique, qu'en la personnifiant (2).

Dans sa nature, cette personnalité peut être ou fictive ou réelle.

1. HAURIU : Dans le *Rép. DE BEQUET*, T. XIV, v^o *Dr. administratif*, n^o 25, *Précis*, p. 324 ; MICHOD : *De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents* (*Revue du droit public et de la science politique*, 1895, II, 2. n^o 19).

2. JACQUELIN : *Une conception d'ensemble*, p. 16.

La théorie de la réalité de la personne morale l'a emporté en Allemagne grâce aux efforts de l'école historique qui a vu dans l'Etat une entité ayant sa fin en soi (1); elle est aujourd'hui présentée par les écoles modernes qui basent le droit sur la volonté.

En effet, la personne est un sujet de droits. On définit le droit subjectif une prérogative accordée à une volonté par le droit objectif (2). Le droit ne peut donc appartenir qu'à un être doué d'une volonté personnelle et libre, c'est-à-dire à un être réel. L'Etat ayant des droits de puissance publique à une volonté et, par suite, est une personne réelle (3).

Pour prouver que l'Etat est une personne réelle, il faut donc montrer qu'il est doué d'une volonté analogue à celle de l'individu (4). Cette démonstration a été faite par différentes voies et a donné lieu à de multiples théories dont les principales sont celle de la volonté organique, celle des volontés unifiées, celle des volontés représentées, celle de la volonté juridique.

1^o *Théorie de la volonté organique.* — Pour les sociologues, la volonté de l'Etat est une volonté organique, produit du cerveau de l'Etat, comme la volonté individuelle

1. HEGEL, le fondateur de l'école, voit dans l'Etat un être rationnel et supérieur : « L'Etat, dit-il, est le rationnel en soi et pour soi. Cette unité substantielle est une fin en soi absolue... Elle est le Droit suprême en face des individus... L'Etat est la réalité absolue et l'individu n'a lui même d'objectivité, de vérité et de moralité qu'en tant qu'il est un membre de l'Etat. » (*Doctrines du droit*, III^e partie).

2. Telle est avec des variantes l'opinion de : SAVIGNY : *System*, I, 1, § 4, p. 7; ARNDTS : *Pandectes*, § 21; MEURER : *op.-cit.*, p. 62; WINDSCHEID : *Pandectes*, § 37; Voir CAPITANT : *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 18.

3. GIERKE : *Genossenschaftstheorie*, p. 600 et s

4. GIERKE : *Gen.* p. 608. « Le droit attribue aux corporations la personnalité parce qu'il voit en elles les sujets d'une volonté collective une et continue ».

vient du cerveau de l'individu. L'Etat, en effet, fait partie de la hiérarchie des êtres organisés (1).

Krause enseigna le premier la réalité des organismes idéels (2) ; l'esprit universel et absolu, pur concept dans l'idéalisme historique de Hegel, s'est incarné dans un être collectif, qui vit d'une vie propre et distincte de celle de ses éléments. L'Etat devient un être réel qui a un corps, des organes, un cerveau, des facultés de conscience et de volonté analogues à celles de l'individu ; Bluntschli a vu dans l'Etat une personne humaine, une « personne organisée » (3) ; il a trouvé son acte de naissance qui le déclare du sexe masculin (4) et le fait arriver à sa majorité en 1740 (5). D'autres font l'anatomie de ce corps naturel ; Schaeffle tient le scalpel ; il étudie la « structure et la vie du corps social » (6) et qualifie son œuvre d'« essai encyclopédique d'une réelle anatomie, physiologie et psychologie de la société humaine » (7). Il découvre les cellules de cet être nouveau, ce sont les hommes ; il étudie ses organes consti-

1. L'école historique qui a formé l'esprit allemand et réalisé son rêve de pangermanisme s'est désagrégée. Une partie aboutit au fatalisme pur : à Hegel a succédé Schopenhauer qui nie la philosophie de l'histoire, dont le pessimisme engendre un déterminisme systématique, et qui conclut au suicide cosmique.

L'autre partie par la conception des « organismes idéels » s'est confondue avec la sociologie, dont dépend cette théorie de la réalité organique de la volonté de l'Etat, théorie qui est qualifiée pompeusement de « doctrine germanique » par Gierke et dont Beseler est considéré comme le fondateur.

2. AHRENS : *Cours de droit naturel*, I, 25, 69. 78.

3. BLUNTSCHLI : *Théorie générale de l'Etat*, p. 18, 21.

4. BLUNTSCHLI : *op. cit.*, L'Eglise au contraire est du sexe féminin.

5. BLUNTSCHLI : *op. cit.*, p. 18 et 46.

6. SCHAEFFLE : *Bau und Leben des Socialen Körpers*.

7. Tel est en effet le sous-titre de l'œuvre de Schaeffle.

tués par la réunion des différents organes identiques des individus (1). Cet être collectif (reale Gesamtperson) (2), grâce à ces organes, est comme la personne humaine douée « de la faculté naturelle de vouloir et d'agir » (3) ; cette volonté le fait sujet de droit et lui donne la personnalité (4).

Nous ne pourrions prétendre ici, en quelques mots, donner un exposé complet et une réfutation absolue de la théorie de la volonté organique : remarquons seulement que ce n'est guère une théorie juridique (5) ; elle a été développée surtout par des sociologues (6), et, même aujour-

1. GIERKE : *Genossenschaftstheorie*, p. 4 et s. ; JOURDAN : *op. cit.* p. 54 et s., en particulier, p. 61,

2. GIERKE : *op. cit.*, p. 5 ; PRADIER-FODÉRÉ : *Eléments de droit public et d'économie politique*, 1865, p. 64 : « L'Etat est un être organique ».

3. GIERKE : *op. cit.*, p. 724 « eine von der Rechtsordnung nur anerkannte und begrenzte natürliche Willens- und Handlungsfähigkeit. » ; BESELER : *Volksrecht und Juristenrecht* 1843, p. 158 et s. ; *System des deutschen Privatrechts*, 3^e éd. 1873, I, § 66 et s. ; SALEILLES : *Théorie générale des obligations d'après le Code civil allemand*, p. 365-366 ; WUNDT : *Ethique*, IV^e partie, ch. III, § 2 : « L'Etat n'est pas seulement une personne juridique, il est bien davantage, il est un être spirituel..., il a une volonté commune et une conscience commune qui consiste dans la masse des pensées et des efforts communs à tous citoyens. »

4. SALEILLES : *op. cit.*, p. 365 ; en France ; BONNIN : (*Principes d'administration publique*, T. I, p. 86 et note) assimile l'Etat et la volonté publique.

5. CARL FRIEDRICH VON GERBER : *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, 3^e éd., p. 1-2, et 217-225 ; COMBOTHECRA : *L'Etat en tant que Société (Revue générale du droit, 1893, p. 385).*

6. FOULLÉE : *Histoire naturelle des sociétés humaines ou animales (Revue des deux-mondes, 15 juillet 1879, p. 387) ; Science sociale contemporaine*, p. 227 ; F. WORMS (*Compte rendu des séances de l'Académie des sciences morales et politiques, octobre 1899*) ; NOVICOW : *Conscience et volontés sociales* ; RENÉ WORMS : *Organisme et Société.*

d'hui, la plupart des sociologues (1) la répudient comme arbitraire et sans fondement (2). C'est un procédé d'analogie qui peut fournir d'heureux rapprochements (3) mais il serait inexact d'y soumettre l'Etat. Celui-ci n'est pas indivis ; il peut se dissocier ; des membres peuvent s'en séparer ; une province peut être annexée à un autre Etat qu'à celui dont elle dépend actuellement. Il n'en est pas de même pour les individus : la greffe animale n'a pu faire passer le bras d'un individu sur le dos d'un autre (4). Même au point de vue purement philosophique on n'explique ni l'individualité psychologique de la personne publique qui n'a d'autre pensée que celle de ses membres, ni la liberté de la volonté de l'Etat puisqu'elle n'est que la résultante de la volonté des individus. Or, dans ce système, le fondement même du droit c'est la liberté de la volonté.

2^e *Théorie de la volonté unifiée.* — Pour Zitelmann (5), Rousseau (6), M. Boistel (7), la volonté de l'Etat n'est pas la fonction d'un organe spécial. Une unité peut naître d'une pluralité (7). De même qu'un composé chimique contient, en lui-même, différents corps simples et cependant constitue un corps nouveau différent de ses éléments simples, de même, une réunion d'individus peut constituer un

1. GUMLOWICZ : *Sociologie und Politik*, p. 53, 54, 73, 74, 85-86, Leipzig, 1892.

2. Voir E. LINGG : *Allgemeine Staatstehre*, p. 32-40.

3. Voir ceux qu'en tire SPENCER ; *Principes de sociologie*, II, p. 191 (Trad. Cazelles).

4. Voir BOISTEL : *La théorie des sociétés-organismes* (*Revue générale du droit*, 1899, I).

5. ZITELMANN : *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*, p. 62 et s. — Cf. PUFFENDORF : *op. cit.* liv. VII, ch. 2, § 13.

6. ROUSSEAU : *Contrat social*, l. c.

7. BOISTEL : *Cours de philosophie du droit*. Ce qui fait la personne morale « c'est le faisceau des volontés des associés en tant qu'elles se dirigent d'accord vers le but social ».

être réel nouveau, différent des individus qui le constituent. De plus, le tout a nécessairement la qualité commune à toutes les parties. Des hommes, c'est-à-dire au point de vue juridique des volontés, sujets de droits se réunissant ensemble forment, par leurs *volitions* concordantes et associées, une volonté nouvelle également sujet de droits. L'Etat a ainsi, comme tout individu, une volonté et des droits, grâce au principe de l'unité dans la pluralité (1).

Mais on ne nous montre pas que le tout a essentiellement la qualité des parties et l'exemple du composé chimique proposé par Zitelmann lui-même est un démenti à sa théorie, car, fréquemment, il n'a aucune des qualités de ses composants : l'eau n'a aucune des propriétés de l'hydrogène et de l'oxygène. Or, de même, dit M. Durkheim, « qu'un tout n'est pas identique à la somme de ses parties, de même, en s'assemblant sous une forme définie et par des liens durables les hommes forment un être nouveau qui a sa nature et ses droits propres (2) ».

D'autre part, comme on l'a fait remarquer (2) en admettant même que la volonté soit, dans l'homme, le sujet des droits, ce serait la faculté de vouloir et non la volition elle-même, acte de cette faculté. Or, la volonté générale de l'Etat n'est précisément, pour Zitelmann, que le produit des facultés subjectives de tous les citoyens, c'est-à-dire la majorité des volitions, ce n'est plus un sujet c'est un objet.

3^e *Théorie de la représentation des volontés*. — L'unité des volitions ne pouvant être un sujet de droits, M. Hauriou revient à la faculté de vouloir et évite ainsi les objections

1. ZITELMANN : *l. c.*

2. DURKHEIM : *Cours de Sc. sociale (Revue internationale de l'Enseignement, 1888, T. I, p. 30).*

3. G. DE LA PRADELLE : *Théorie et pratique des fondations*, p. 436.

précédentes. Pour lui, dans la personne morale, le représentant exprime la volonté du représenté qui l'en a chargé. Parmi les volontés des représentants, il en est une qui l'emporte sur les autres en faisant prévaloir ses volitions et forme la majorité politique. Elle exprime ainsi la volonté sociale du groupe ; c'est cette volonté humaine qu'on peut considérer comme sujet des droits de la collectivité ; sans doute, cette volonté qui n'est qu'une volonté individuelle ne constituera peut-être plus demain celle de la majorité du groupe, mais de même qu'aux yeux de la loi, malgré ses vicissitudes et des modifications quotidiennes dans ses volitions, la personnalité humaine est considérée comme une et identique, de même, la volonté de la personne morale sera considérée comme toujours la même, unique et persistante (1), malgré les mutations de sujets et de volitions parfois contradictoires.

Ce phénomène de la représentation, de la fusion de la volonté du représentant avec celle du représenté est très exacte dans les associations volontaires où il y a au moins toujours accord sur un point, celui d'être membre de la société ; mais il ne l'est plus quand il s'agit d'un groupement obligatoire comme l'Etat qui parfois considère toujours comme son ressortissant un citoyen qui se fait naturaliser à l'étranger. Celui-ci peut-il, cependant, se croire représenté et d'accord avec celui qui est censé le représenter ?

D'autre part, c'est par une fiction qu'on considère la volonté humaine prédominante comme la volonté du groupe ; la volonté de l'organe reste toujours malgré tout dans sa cause au moins une volonté personnelle et quand la volonté générale s'exprimera, elle sera identique sans

1. HAURIOU : (*Revue générale du droit*, 1898, p. 1 et s.) ; *Leçons sur le mouvement social*, p. 149.

cependant se confondre avec celle-là. Qu'on n'essaie pas de sortir de cette difficulté en disant avec Rousseau « quand on propose une loi dans l'assemblée du peuple ce qu'on demande aux citoyens ce n'est pas précisément s'ils approuvent la proposition ou s'ils la rejettent, mais si elle est ou non conforme à la volonté générale » (1). C'est en effet une subtilité de vouloir distinguer dans les motifs qui dictent le vote du citoyen ; c'est même une erreur, car celui-ci vote selon sa conscience, selon sa volonté, il exprime sa volonté propre. Il ignore encore quelle est la volonté générale qui ne sortira que du vote de tous, comment pourrait-il exprimer cette opinion encore inconnue de lui ?

Cette théorie de la fusion des volontés ne saurait expliquer la volonté de la personne morale, ni la personnalité, car elle se produit dans des circonstances multiples où il y a constitution d'intérêts collectifs à gérer, comme ceux des créanciers d'une faillite, sans que cependant on admette l'existence d'une personne juridique pour représenter ces intérêts.

4^o *Théorie de la volonté juridique.* — D'autres auteurs renoncent à prouver que l'Etat a une volonté naturelle ; Jellinek, avec plus de raison, insiste sur cette idée que la personnalité civile n'est qu'une notion d'ordre purement juridique (2) L'Etat n'a donc qu'une volonté juridique dont le but unique est d'être sujet de droits. Mais l'auteur ne démontre pas comment l'Etat est doué de cette volonté, ce qui est précisément la question. D'ailleurs c'est avouer qu'il n'y a là qu'une fiction de droit, puisqu'attribuer aux personnes morales une volonté sujet de droits comme celle

1. ROUSSEAU : *Contrat social*, IV, 2.

2. JELLINEK : *System*, p. 13 et s., 28 et s.

des personnes physiques n'est pas une conception habituelle de notre esprit.

Nous pouvons parfaitement admettre que l'Etat a une volonté juridique fictive. Il nous suffit d'avoir démontré qu'il n'a pas une volonté réelle, pour détruire la thèse de la réalité de la personnalité morale de la puissance publique.

Mais cette fiction n'est pas même nécessaire, car ce n'est pas la volonté qui est la base essentielle et unique du droit. Le Droit ne considère pas dans l'homme que cette faculté, il a en vue l'être humain tout entier avec ses besoins, ses aspirations, ses désirs : c'est-à-dire tous ses intérêts, c'est pour la satisfaction de tout cela que sont créés la société et le droit.

Quant au droit subjectif que le droit objectif donne à l'individu, son résultat est bien d'attribuer à la volonté un pouvoir que la loi protège. Mais ce pouvoir n'est pas le droit lui-même, il n'en est qu'une conséquence. Et ce n'est même pas une conséquence nécessaire : Ihering (1) en invoque comme preuve les cas où ce résultat ne produit au profit d'une autre volonté que celle du titulaire du droit. Ainsi l'enfant qui n'a qu'une volonté peu développée ou le fou qui n'a qu'une volonté malade, le fœtus qui n'en a jamais eu, sont des personnes juridiques, sont des sujets de droits. Il y a droit sans volonté.

Inversement, quand l'homme adulte et sain d'esprit veut accomplir un acte contraire au droit, sa volition n'est pas sanctionnée par le droit, il y a volonté sans droit. Le droit subjectif et la volonté ne sont pas liés l'un à l'autre. C'est que en réalité le Droit protège non pas la volonté, non pas la

1. IHERING : *Esprit du dr. Rom.*, Trad. Meulenaere, T. IV, § 71 p. 250 et s., p. 325 : « Le droit consiste non à *vouloir*, mais à *profiter* ».

volition en elle-même, mais son contenu ; il sanctionne la volition qui est conforme au droit ; il rejette celle qui lui est contraire. La volonté n'est donc ici qu'un élément secondaire ; ce n'est qu'un moyen de faire valoir l'utilité du droit (1).

Ainsi non seulement la puissance publique n'est pas une volonté naturelle, mais en supposant qu'elle le fut il n'en résulterait pas par là-même qu'elle soit un sujet de droits, qu'elle soit une personne juridique.

II. *Système de la personnalité fictive.* — *Les théories de l'intérêt.* — Partant de ce point de vue que c'est le contenu de la volition qui est protégé par la loi quand il est juste on dit que la base du droit est l'intérêt que la volonté représente. « Le droit, pour Ihering, c'est l'intérêt juridiquement protégé » (1), « c'est, dit Hauriou, l'intérêt socialement garanti » (2). Or il y a des intérêts collectifs et permanents qui ne peuvent être incarnés dans une personne individuelle qui naît et meurt, tels l'ordre, la sécurité, la justice, les travaux publics. Ces intérêts, existant en dehors des individus, ce sont ceux de l'Etat. Le reconnaître c'est admettre la personnalité juridique du groupement. Mais cette personne n'est pas un être concret et réel puisqu'elle n'a pas une faculté naturelle comme on le soutenait dans les théories précédentes ; c'est une fiction juridique nécessitée pour l'explication d'intérêts distincts qui ne peuvent rester sans sujet.

Telle est la conception traditionnelle de la personna-

1. IHERING : *L'esprit du droit romain*, trad., Meulenaere, IV, p. 328.

2. Cf. ROGUIN : *La règle du droit*, p. 85 ; ROSIN : *op. cit.*, *Annalen des deutschen Reichs*, 1883, p. 286 et s.) ; KARLOWA : (*GrundhutsZeitschrift*, T. XV, 1888, p. 381 et s.) ; BERNARTZIK : (*Achiv. fur offentliche Recht*, 1890, T. V, p. 169 et s.)

lité (1). Les juristes romains en présence d'intérêts qui n'avaient pas de caractère individuel se tirèrent d'embarras par une de ces « bizarres fictions familières à leur esprit inventif » (2). De même qu'ils disaient que le *bonorum possessor* serait considéré comme héritier pour pouvoir intenter la pétition d'hérédité, que le prisonnier serait considéré par fiction comme libre pour faire un testament valable, de même ils déclarèrent qu'un groupe d'intérêts collectifs pourrait être assimilé à un patrimoine nouveau possédé par une personne idéale abstraite. Les romains abusèrent même de ce procédé en l'appliquant à l'hérédité aux municipes, aux sociétés de publicains. Mais ils n'en faisaient pas une personne véritable, cet être idéal jouait le rôle d'une personne sur la scène des actions juridiques (3). C'est la théorie qu'ont acceptée les glossateurs et les canonistes ; Innocent IV défend d'excommunier une « universitas » parce qu'elle n'est qu'une fiction ; Dumoulin pense que la loi seule peut créer des personnes morales par ce que seule elle peut établir des fictions juridiques (4) ; au xix^e siècle, la théorie est renouvée par Savigny et Puchta qui font école en Allemagne (5) et en France

1. Voir l'historique de la théorie de la fiction dans GIERKE : *op. cit.*, et dans MESTRE : *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*. Paris, 1899 (thèse).

2. VAN DEN HEUVEL : *De la situation légale des associations sans but lucratif en France*, 1^{re} édit., 1884, p. 7.

3. « *Personae vice funguntur* ».

4. DUMPULIN : *Commentaire sur la coutume de Paris : Des fiefs*, I, § 1, n^o 40 ; Cf. DOMAT : *Droit civil*, I, II, VI ; POTHIER : *Des Personnes*, titre VII ; *Des communautés*, titre I.

5. HEISE : *Grundriss eines System des gemeinen Civilrechts*, § 98 et 106 ; SAVIGNY : *Droit romain*, T. II, § 85 ; MULHENBRUCH : *Doctrina Pandect* : § 196 ; DIRKSEN : *Civil Abhandlungen*, T. II. Berlin 1820 ; PFEIFFER : *Die Lehre von den jurisdischen Personen*. Tubingen, 1847 ; PERNICE : *Das romische Privatrecht*. Halle, 1873 ;

où la fiction est défendue par la majorité des auteurs (1).

Tous partent de cet axiome fondamental : il n'y a pas de droit sans un sujet de droits : l'homme seul est naturellement un sujet de droits. Or, en fait, il y a cependant des droits sans sujets physiques de droits. Pour résoudre ce conflit entre la logique et les faits on ne peut s'aider que de la suprême ressource du droit romain en pareil cas, la fiction. Le sujet des droits qui n'ont pas d'autres titulaires est donc un sujet fictif (2). Tel est le fondement de toutes les théories de la fiction. On crée ainsi une personnalité juridique irréelle. Ce ne peut-être l'œuvre d'un individu mais seulement de la loi (3). En effet cette personnalité est en fait dans notre législation une concession de la loi qui ne l'accorde qu'après avoir reconnu que le groupement est d'utilité publique. La conséquence de ce système c'est que la personne juridique fictive n'a pas tous les droits *de plano*,

ROTH : *System des deutschen Privatrechts*, I, § 71. Tübingen 1880 ; ZORN : *Staatsrecht* I, p. 62 : « L'Etat doit juridiquement être conçu comme possédant la personnalité ; ce n'est que de cette manière qu'on peut arriver à expliquer la supposition essentiellement nécessaire de la volonté de l'Etat. Certes il y a là une fiction, mais sans fiction [et ici la fiction consiste simplement dans le fait de faire rentrer dans les catégories de la pensée, des formations réellement existantes] l'on ne peut construire nulle théorie juridique, pas plus en droit privé qu'en droit public ».

1. LAURENT : *Droit civil*, I, n° 288 ; DEMOLOMBE : *Cour de Code Napoléon*, I, n° 134 ; DUCROCQ : *De la personnalité civile et de l'Etat d'après les lois civiles et administratives de la France*. Paris 1894 ; VAUTHIER : *Etude sur les personnes morales*, 1887 ; ESMEIN : *Droit constitutionnel*, p. 2 : « On atteste que la souveraineté doit être exercée dans l'intérêt de tous en lui donnant pour sujet une personne *fictive* » ; p. 3 : « L'Etat, sujet et titulaire de la souveraineté n'est qu'une personne morale, une personne *fictive*... », etc.

2. Tel est le schéma de la théorie de Savigny dressé par ZITELMANN : *op. cit.*, p. 14-15.

3. DUMOULIN : *op. et loc. cit.*

elle n'a que ceux qui lui sont conférés par la loi ou par le décret d'utilité publique, suivant la règle de la spécialité (1).

Telle est la conception courante de la personnalité juridique.

On l'applique non seulement à la personne privée, mais encore à la puissance publique de l'Etat.

C'est déjà faire pour cette dernière un abus de la fiction, car celle-ci nous l'avons vu n'a été créée que pour expliquer la formation d'un patrimoine nouveau, c'est-à-dire pour l'explication de droits *privés* qui n'ont pas pour titulaires une personne physique (2). La personnalité fictive est donc une notion de droit privé : elle était telle en droit romain où, dans l'administration, seul le fisc était personnifié (3) ; elle a été interprétée en ce sens par les romanistes modernes (4), et les textes, parlant de ces sujets de droits ne les désignent que sous le nom de personnes *civiles* (5).

D'autre part la théorie de la fiction implique la concession de la personnalité par la loi, c'est-à-dire par une des formes de la puissance publique. Malgré que cette thèse exposée déjà par Dumoulin soit erronée au point de vue

1. DUCROCQ : *op. cit.* et *De la personnalité civile du Saint-Siège* (l. c.) ; HAURIOU : *Précis*, 3^e édit., p. 818, n^o 4.

2. BERTHÉLEMY : *Droit administratif*, p. 517.

3. GIERKE : *Genossenschaftstheorie*, III, 34 et s. (l'auteur insiste sur ce point).

4. SAVIGNY : *Traité de droit romain*, trad. Guénoux 1841, p. 234 : « Ce ne sont que des rapports du droit privé auxquels s'applique la capacité artificielle de la personne juridique ».

5. Lois 5 avril 1884, a. 111 ; 28 avril 1893, a. 71 ; 14 avril 1893, a. 8 ; 21 avril 1898, a. 2 : tous ces textes ne parlent que de personne civile, ce qui implique que la notion de personnalité est une notion de pur droit privé. Cf. COLIN : *Cours élémentaire de droit administratif*, p. 29.

historique (1), admettons là un instant, car on peut concevoir que la puissance publique concède à des intérêts une personnalité, et même la donne, par la loi, à l'Etat personne privée. Mais qui donc donnera la personnalité à la puissance publique elle-même ? Qui autorisera celle qui autorise ? Conçoit-on une fiction qui crée une autre fiction ?

D'ailleurs, c'est en réalité une singulière façon d'expliquer des droits que de les placer sur un sujet fictif ; on dit qu'il y a des droits de puissance publique, c'est-à-dire des prérogatives exorbitantes du droit commun. Mais ces prérogatives ne se manifestent que quand on les exerce ; or une fiction ne peut les exercer par elle-même et personne ne les exerce en son nom, comme *représentant* juridique. Alors comme le font remarquer Zitelmann (2) et Meurer (3), dire que des droits appartiennent à une personne fictive c'est dire d'après la théorie même de Savigny qu'ils n'appartiennent à personne. C'est suspendre des droits à un sujet qui n'existe pas ; « autant dit Brinz (4) accrocher son chapeau à un porte-manteau feint dans la muraille ».

Mais ces prérogatives ne sont pas des droits. Ce ne sont même pas des *intérêts* de l'Etat, intérêts distincts de ceux des individus, condition primordiale de l'existence de droits. En effet, toutes ces prérogatives de la puissance publique ne sont pas dans l'intérêt de l'abstraction qu'on nomme Etat. Celui-ci n'a d'autre intérêt que celui de ses membres ; il ne peut user de la puissance publique pour son propre avantage : « c'est dit M. Jacquelin (5), se faire

1. Voir sur ce point A. MESTRE : *Les personnes morales*, p. 171.

2. ZITELMANN : *op. cit.*, § 3.

3. MEURER : *Das Begriff*... I, p. 66 et s.

4. BRINZ : *Pandekten*, 3^e édit., I, p. 226.

5. JACQUELIN : *Une conception d'ensemble*, p. 8.

une étrange idée de la puissance publique que de la considérer comme une prérogative au profit de l'administration ». Le point de vue fiscal doit être étranger à l'administration ; de nombreuses décisions du Conseil d'Etat ont annulé pour détournement de pouvoir des actes d'administrateurs qui s'étaient préoccupés des intérêts du domaine en prenant des mesures de police, en accordant ou retirant des autorisations (1). La puissance publique n'existe donc pas dans l'intérêt de l'Etat, et comme l'intérêt est la base du droit, elle n'est pas pour l'Etat un droit subjectif.

Aussi les prérogatives de puissance publique ne sont pas des intérêts, elles ne constituent donc pas des droits ; s'il n'y a pas de droits de puissance publique, il ne saurait exister de sujet de ces droits, la fiction de la personnalité de la puissance publique n'a donc aucune raison d'être.

La fiction n'est pas par elle-même une solution juridique ; elle ne fait que suppléer au manque de théorie, c'est un moyen (2), un « *ultimum remedium* (3) », pour résoudre une contradiction. « Le Droit, dit Unger, fait des fictions pour ne pas accepter des notions en contradiction avec ses règles fondamentales et qui apparaîtraient comme des anomalies indisciplinées (4) ». On ne voit pas quel est le sujet de la souveraineté, on dit d'autre part qu'il n'y a pas de droits sans sujet, on crée alors un sujet fictif. Mais « l'esprit logique du peuple français est ennemi de toute fiction et peu habitué à s'incliner devant des symboles et des idoles (5) ».

1. HAURIOU : *Précis*, p. 323 ; LAFERRIÈRE : *op. cit.*, II, p. 584 et les arrêts cités.

2. HAURIOU : *Précis*, p. 179.

3. ZITELMANN : *op. cit.*, p. 15.

4. UNGER : *Kritische Uberschau*, VI, p. 166 ; Cf. *System des österreichisches Privatrechts*, I, p. 314.

5. M. FOUILLÉE : *L'idée moderne du droit*, p. 359.

Il admet que dans le droit, la fiction joue un rôle momentané. On s'en est servi dans tous les temps pour toutes les théories juridiques et sur tous les sujets ; elle trouve sa justification dans la nécessité de donner une forme logique à des causes et des effets qui semblent hétérogènes. Elle facilite ainsi le progrès (1), elle augmente l'acquis scientifique. Mais elle n'est pas une solution définitive, c'est un mensonge technique dont l'esprit ne doit pas être dupe ; « à cause de son imperfection même, dit Ihering, elle avertit la science d'avoir à rechercher le plus rapidement possible un moyen plus parfait » (2). Elle n'est que l'échafaudage qu'on détruit après la construction de l'édifice.

III. — *Système de la non-personnalité de l'Etat. — Théorie de la souveraineté, fonction des individus, électeurs ou fonctionnaires.*

La théorie de la fiction pas plus que celle de la réalité n'a pu nous donner une explication de la personne morale, en particulier de la personnalité de la puissance publique.

Il faut, avons-nous dit, rejeter la fiction qui n'est qu'un procédé discursif pour éliminer la difficulté ; il faut voir ce qu'il y a sous elle. Si nous écartons le voile de la fiction pour chercher derrière elle quel est le sujet réel des droits du groupe collectif, nous nous trouvons en présence de deux solutions : la théorie des droits sans sujet et la théorie qui fait de tous les membres du groupe les titulaires des droits de la collectivité.

Pour les uns qui reprennent une partie du dilemme de Savigny, il n'y a pas de sujet nouveau des droits de l'Etat per-

1. IHERING : *Esprit du droit romain*, trad. Meul., 1888, IV, p. 296.

2. IHERING : *l. c.*

sonne morale (1). La puissance publique n'est pas une personne, un sujet de droits, c'est un fait, une des formes de l'Etat (2), et pas autre chose. En effet, la notion de personnalité est une notion de droit romain privé ; on ne l'appliquait pas autrefois au droit public ; même en droit privé, on ne dit pas que la cité est une personne, mais qu'elle joue le rôle d'une personne (3). C'est sans doute que les hommes seuls sont des personnes juridiques ; ce ne peut être que par métaphore qu'on l'applique à un autre sujet réel ou fictif. Bekker ajoute que la volonté et l'intérêt interviennent dans la constitution du droit mais peuvent se séparer : seul l'homme doué de volonté a la disposition, l'exercice du droit ; mais un autre peut avoir l'intérêt, la jouissance du droit, un fou, un enfant, un animal, une chose, un but moral. Donc à côté des droits qui appartiennent à un sujet, à une personne (*Personenvermögen*), dit Brinz, il y a des droits sans sujet qui sont affectés à un but déterminé (*Zweckvermögen*). Dans l'Etat, les droits de puissance publique, sont affectés au but social que se propose l'Etat, c'est-à-dire à assurer le bonheur des citoyens.

Cette théorie peut avoir des conséquences logiques très étendues : l'homme, membre de l'Etat, peut voir tous ses droits expropriés au profit du but de l'Etat, ce qui justifie

1. BRINZ : *Pandekten*, 3^e édit., § 59 et s., I, 222 et § 432 et s., p. 453 ; BEKKER : *Zum Lehre von Rechtsobject* (dans *Jahrbücher für die Dogmatik* 1873, XIII, p. 1 et s.) ; Cf. PLANIOL. sous Paris 3 juin 1893, D., 93. 2. 513 : « Les personnes morales sont moins des personnes que des moyens dont se servent les personnes véritables. On devrait les considérer seulement comme des *patrimoines sans propriétaire actuel* ».

2. DUCROCQ : *La personnalité civile en France du Saint-Siège*, p. 10 ; *Droit administratif*, 6^e édit. II, n^o 905, p. 104.

3. C'est le sens de l'expression : « *personae vice funguntur* ».

toutes les théories socialistes. On pourrait citer une application historique de la théorie du but, sujet de droit, dans la confiscation des biens de l'Eglise pendant la Révolution française. Ces biens destinés à assurer les ressources nécessaires à l'exercice du culte, de l'assistance publique, de l'instruction primaire, devaient passer légalement à l'Etat quand celui-ci a pris à sa charge ces services publics et s'est engagé à y pourvoir sur les ressources générales du budget.

Mais elle n'est pas une solution juridique. Elle encourt comme la théorie de la fiction le reproche de personnifier une abstraction, peu importe que ce soit un intérêt ou un but ; comme elle aussi elle fait de la puissance publique un objet de droits, alors que celle-ci ne constitue pas même un intérêt. Comme la fiction encore, elle fait abstraction de l'individu, elle construit une théorie en dehors du droit, car soit qu'on base le droit sur l'intérêt, soit qu'on le fonde sur la volonté, c'est toujours de l'intérêt ou de la volonté de l'homme qu'il s'agit. Ce qui est plus grave, c'est que son seul énoncé entraîne la destruction de toute notion juridique, en ce sens qu'un droit ne se conçoit que comme une relation de sujet à sujet ; c'est détruire le droit lui-même que de faire disparaître le sujet.

Il ne nous reste donc que la seconde hypothèse : les droits des personnes morales appartiennent à leurs membres.

En effet, toutes les théories précédentes, surtout celles de la réalité mais aussi celles de la fiction et celles des droits sans sujet, font abstraction des personnes physiques qui sont les membres de la collectivité. Toutes créent un nouveau sujet de droit, personne réelle, fictive ou but moral (1).

Oubliant, que en réalité, le droit n'a été établi par les hommes que pour les hommes, ces théories ont fait entrer

dans le cercle des relations juridiques de nouveaux sujets. Elles ont traité en étrangers, en tiers les membres réels de ces groupements, comme si elles pensaient que les seconds peuvent exister sans les premiers. Rien n'est plus inexact dans les faits. « On ne peut concevoir, écrit M. Turgeon, un Etat en dehors des membres dont il est le total et le faisceau; on ne peut imaginer une cité en dehors des citoyens, une humanité en dehors des hommes, une forêt en dehors de ses arbres » (1). « Faire de l'Etat, ajoute-t-il encore, une personne distincte et indépendante de ses nationaux c'est prétendre former un corps agissant d'une pure abstraction ».

Ces conceptions amènent à des graves erreurs politiques : « séparée de nous, cette forme vide, cette fiction creuse devient un mot dangereux. Cet être abstrait est insaisissable.... ainsi compris l'Etat n'est qu'un tyran anonyme » (2).

Sous l'influence de ces idées une réaction contre l'idéalisme juridique s'est produite en France et à l'étranger.

En droit privé un grand courant de doctrine s'est formé contre la personnalité (3). Il n'y a pas encore bien longtemps, les meilleurs jurisconsultes voyaient partout des personnes morales : l'hérédité, la communauté de biens entre époux, les faillites étaient personnifiées. Peu à peu, on a fini par expliquer toutes ces situations par des règles de droit commun et par donner aux membres réels de ces collectivités de biens, les droits qu'on attribuait auparavant à un être fictif. Aujourd'hui M. Van den Heuvel traite la personnalité morale de vain artifice (4), M. Vareil-

1. TURGEON : *Une définition de l'Etat et de sa Souveraineté* (*Revue du droit public et de la Science politique*, 1899, I, 75).

2. TURGEON : *loc. cit.*

3. G. DE LA PRADELLE : *Des fondations*. Paris, 1894, p. 407.

4. VAN DEN HEUVEL : *De la situation légale des associations sans but lucratif*, 1884.

les-Sommières n'y voit qu' « un prodigieux phénomène de suggestion, une hallucination pure » (1). M. Mongin n'aperçoit aucun avantage à créer une telle fiction (2) ; M. Sauzet s'il voit dans l'Etat un être fictif nécessaire déclare cependant que pour beaucoup de personnes morales « la personnalité ne fait que voiler le droit des associés » (3) ; M. Planiol écrit que « les personnes morales sont bien moins des personnes que des *moyens* ou instruments dont se servent les personnes véritables » (4) ; M. Berthélemy établit que la personnalité morale n'est qu'une forme de la propriété collective (5).

C'est, pensons-nous, un progrès réel de faire ainsi disparaître une fiction légale.

La personnalité d'un groupement est inutile parce que dans tous les phénomènes que l'on a coutume d'y rattacher ne sont que des modalités des droits de la personne physique (6) ; la personnalité n'est qu'une apparence, une analyse plus profonde montre que ce n'est qu'un vain artifice.

Les premières personnes morales ont été les groupements de famille tels que la tribu, la *gens*, la famille, ou les corporations, ou les groupements religieux : communautés, confréries, etc. Ce qui fit naître ces personnes, ce fut la propriété en commun de biens qui n'appartenaient plus à

1. VAREILLES-SOMMIÈRES : *Le projet de loi contre les associations* (Extrait de la *Revue de Lille*), 1892, p. 18 ; *Du contrat d'association*, Paris, 1893, p. 36.

2. MONGIN ; *Etude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité* (*Revue critique*, 1890, p. 697 et s.)

3. SAUZET : *De la personnalité civile des syndicats professionnels*, p. 28, note 1, et *Revue critique*, p. 319 et 338.

4. D. 93. 2. 513. note dans Paris, 3 juin 1893, *Traité de droit civil*, I, p. 260.

5. BERTHÉLEMY : *Droit administratif*, p. 517 ; PLANIOL : *op. et loc. cit.*

6. SAUZET : *Personnalité des syndicats*, p. 28, note 1.

aucun individu en propre. La personnalité morale a donc été une forme de la propriété collective. Il n'en est pas différemment aujourd'hui et l'Etat peut lui-même être expliqué de cette façon.

L'Etat en effet, peut se ramener à une association (1) : l'association la plus naturelle, la plus facile à étudier c'est la société commerciale. Or tous les effets de la personnalité de la société peuvent se ramener à cette seule idée que les biens du fonds social sont des biens indivis, ce qui entraîne trois conséquences principales : 1^o le caractère mobilier du droit des associés ; 2^o la constitution de l'actif social comme gage des créanciers de la société à l'exclusion des créanciers personnels des associés ; 3^o la représentation de la société par un gérant. Or la première de ces conséquences n'a pour but que de faciliter la transmission des actions, la seconde n'est qu'une séparation de patrimoines, analogue à celle des successions, la troisième n'a que l'utilité pratique de simplifier la procédure en dérogeant à la règle « nul ne plaide par procureur » comme dans le cas des curateurs, des syndics gérant les procès d'une succession ou d'une faillite. On a expliqué fort bien la succession, la faillite sans le secours de la personnalité.

On peut en faire de même pour le domaine de l'Etat. Ce n'est pas il est vrai de propriété indivise, c'est de propriété collective qu'il s'agit. La propriété collective n'est qu'une modalité du droit de propriété, un mode d'exploitation particulier, mais tous les membres de l'Etat en sont titulaires. « Les Français, dit M. Berthélemy, sont collectivement propriétaires de biens et titulaires de droits ».

On a même appliqué la théorie de la propriété indivise. Les lois du 14 août 1792 et du 10 juin 1793, ont partagé des

1. VON DEN HEUVEL : *op. cit.*, p. 38.

2. MONGIN : *l. c.* ; VON DEN HEUVEL : *op. cit.*, p. 40.

3. BERTHÉLEMY : *Droit administratif*, p. 516.

biens communaux entre les habitants ; l'art. 542 du Code civil déclare que « les biens communaux sont ceux au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis » (1).

La fiction légale de la personnalité morale de l'Etat n'a ainsi d'autre but que d'établir la propriété collective de tous les membres de l'Etat.

On peut donc à la rigueur se passer de cette fiction en droit privé.

A plus forte raison est-elle inutile quand on parle de la puissance publique.

Quelle que soit la théorie que l'on adopte sur la base du droit on ne peut faire des prérogatives de puissance publique des droits du fonctionnaire.

Si avec Gierke, Zitelmann, M. Hauriou ou M. Boistel, vous basez le droit sur la volonté, vous ne pouvez trouver de volonté réelle qui s'exprime par des actes volontaires que dans les manifestations de l'activité administrative du fonctionnaire, de l'activité politique du citoyen.

Si avec Ihering vous basez le droit sur le caractère pro-

1. M. DUCROCQ a protesté contre cette interprétation ; pour lui les lois révolutionnaires sont une erreur juridique : les habitants des communes n'ont aucun droit sur les biens communaux [DUCROCQ : *Droit administratif*, 6^e édit., II, n^o 1337, p. 478] et ceux-ci s'ils étaient perdus par la commune deviendraient des biens sans maître [SAUZET : *La personnalité des syndicats*, p. 47]. Selon lui l'histoire de ces biens [ils étaient en effet autrefois inaliénables (édit de février 1554 et avril 1667)] comme la législation actuelle proteste contre une semblable usurpation [Loi 9 ventôse an XII a. 92., § 1 du Code forestier. avis du Conseil d'Etat des 21 février 1838 16 mars 1838, 26 février 1844]. Mais ce sont là des règles d'organisation de la propriété collective conçues dans l'intérêt de tous et destinées à empêcher de mauvaises gestions. En fait les partages ont eut lieu en maintes circonstances [édit de juin 1762 pour les paroisses des Trois-Evêchés. Arrêt du Conseil de 1771, 1773, 1777, pour les généralités d'Auch et de Pau].

pre et distinct de l'intérêt, on ne peut méconnaître que c'est dans le seul intérêt des citoyens que s'exerce la puissance publique. La puissance publique n'a pas un intérêt distinct de ses membres (1), elle n'est qu'un moyen de réaliser leur bien-être. L'Etat ne peut mettre cette puissance au service de ses intérêts patrimoniaux pour s'enrichir sans voir annuler ses actes pour détournement de pouvoir.

Quand on admet une fiction de personnalité, on n'exprime pas une autre idée : la raison d'être de cette fiction, c'est précisément de ne pas attribuer la puissance publique à un individu qui en deviendrait titulaire à l'exclusion des autres membres du groupe social : « On atteste, dit M. Esmein, que la souveraineté ne doit jamais être exercée que dans l'intérêt de tous en lui donnant pour sujet une personne fictive » (2).

Cela est rationnel : « la personne morale comme telle est incapable de jouir, elle n'a ni intérêt ni but » (3) ; il n'y a d'intérêt que l'intérêt humain. La puissance publique n'a

1. JOURDAN : *Du rôle de l'Etat dans l'ordre économique*, p. 40, Cf. VATTEL : *Droit des gens*, liv. I, ch. 3, § 31 : « Le gouvernement n'est établi que pour la nation en vue de son salut et de son bonheur » ; ESMEIN : *Droit constitutionnel*, p. 155 : « La puissance publique n'existe que dans l'intérêt des individus qui composent la société » ; JACQUELIN *Une conception d'ensemble du droit administratif*, p. 8, en note, à propos des aïssances de voirie.

2. ESMEIN : *Droit constitutionnel*, p. 2 : C'est là aujourd'hui un axiome fondamental méconnu sous l'ancienne monarchie malgré les dissertations de SAINT THOMAS D'AQUIN : (*De regimine principum* : lib. III, ch. XI, édit. Lugd. Batav, 1630, p. 232) de MARSILE, DE PADOUE : *Defensor pacis*, lib. I, ch. XII, lib. III, ch. VI) de PHILIPPE POT (Discours aux Etats généraux de 1484 : *Journal de Jehan Masselin*, édit. Bernier, p. 146).

3. IHERING : *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, T. IV p. 340, cf. p. 316 et 342.

pas d'intérêts, elle n'a pas de droits, elle n'est pas une personne.

« Il ne peut y avoir de droits, ajoute Ihering, que là où les intérêts atteignent leur destination, où ils peuvent être utiles à leurs titulaires. Un droit qui ne peut atteindre cette utilité est une chimère inconciliable avec le but du droit. Pareille anomalie ne peut exister en réalité : le sujet apparent du droit cache le véritable... *les véritables sujets du droit ce ne sont point les personnes juridiques comme telles, ce sont leurs membres isolés*. Celles-là ne sont autre chose que la forme spéciale dans laquelle ceux-ci manifestent leurs rapports juridiques avec le monde extérieur » (1).

Ainsi les intérêts des personnes morales sont des droits qui appartiennent en réalité aux membres de la collectivité : c'est ainsi que nous avons analysé la personne morale-Etat.

On objecte que cette théorie ne rend pas compte de la permanence des intérêts collectifs (2) et sacrifie les générations futures aux générations présentes (3). Mais en disant que ce sont les membres réels qui sont titulaires des droits de la personne morale, on peut ne pas entendre seulement les membres actuels, mais encore ceux qui viendront dans la suite ; ils sont indéterminés quant à leur individualité, mais certains dans leur existence. Le fœtus peut être titulaire de droits avant sa naissance, il peut cependant mourir en naissant et par suite ses droits tomberont d'eux-mêmes ; il est certain au contraire qu'il y aura toujours des individus membres de l'Etat : ceux-ci sont titulaires sous condition suspensive des droits de la personne morale.

1. IHERING : *op et loc. cit.* ; *Der Zweck im Recht*, I, p. 454 et 551 ; Cf. BOLZE : *Der Begriff den Juristischen Personen*, 1879, p. 192.

2. M. MICHOD : *La notion de la personnalité morale* (*Revue du droit public et de la Science politique*, 1899, I, p. 31).

3. DUCROCQ : *op. et loc. cit.*

Ainsi en basant le droit subjectif soit sur la volonté, soit sur l'intérêt, on en arrive à attribuer les droits des personnes morales aux membres de l'Etat.

En réalité le droit n'a pas seulement pour base la volonté, ou l'intérêt. Il y a dans le droit ces deux éléments, intérêt et volonté, réunis à la fois. Sans l'intérêt, élément essentiel, la volonté ne peut être la base d'un droit car il n'y a de protection légale que pour les intérêts individuels de l'homme. La volonté n'est pas protégée pour elle-même, elle ne l'est que comme moyen pour arriver à un but la réalisation des conditions de bien-être pour l'homme. Baser uniquement le droit sur la volonté (1), c'est obliger le législateur à respecter toutes ses manifestations du moment où elles ne portent pas atteinte à autrui, c'est la liberté presque illimitée de l'individu. On n'explique pas ainsi pourquoi cette volonté est restreinte dans ses manifestations dans certains cas où elle ne nuit pas à autrui : pourquoi le père a sur le fils un droit de puissance, pourquoi l'inceste est puni par la loi, pourquoi il y a des contrats illicites. On n'explique pas pourquoi la volonté n'est pas protégée quand elle poursuit un but désintéressé.

Inversement sans volonté, l'intérêt resterait un avantage mort. Il n'aurait pas l'action de la volonté individuelle qui l'exerce et en jouit ; il ne serait pas sanctionné par l'action de la volonté générale qui le protège. L'intérêt ne devient droit que quand il est juridiquement protégé dans son exercice par un procédé juridique dont peut user le sujet (2) ; ce moyen juridique ne peut aboutir que par la coopération

1. C'est la théorie de KANT qui définit le droit : « l'ensemble des conditions dans lesquelles la liberté de chacun peut coexister avec la liberté de tous ».

2. MICHOD : *La notion de la personnalité morale* (*Revue du droit public et de la science politique*, 1899, T. I, p. 212 en note).

simultanée de la volonté individuelle qui demande sa mise en œuvre et de la volonté légale qui l'accorde et l'applique.

L'analyse montre donc que chaque droit a deux éléments inséparables : l'intérêt et la volonté.

Mais, ainsi que le remarque Bekker (1), la volonté et l'intérêt dont l'union est nécessaire pour la formation du droit peuvent cependant se séparer au moment de l'exercice. En effet seule la volonté peut agir, seul l'intéressé peut avoir le profit. Ainsi un fou, un enfant, un prodigue, ont l'intérêt du droit sans l'exercer, parce qu'ils n'ont pas une volonté juridique ; la loi désigne une volonté réelle, celle du tuteur, du père, du conseil, du curateur qui agit pour eux et devient leur volonté légale. Mais ni le tuteur, ni le père, ni le conseil, ni le curateur n'ont l'intérêt : ils ne sont pas les titulaires du droit qu'ils exercent.

Appliquant ces principes à l'Etat, nous voyons immédiatement que les intérêts de l'Etat sont en réalité ceux des citoyens ; que les citoyens sont les titulaires des droits qu'on dit appartenir à une personne morale, que l'exercice de ces intérêts est confié à des fonctionnaires qui ont la volonté légale de ces citoyens.

Mais comme l'intérêt reste toujours ainsi la base du droit, et comme la puissance publique ne constitue pas un intérêt, celle-ci n'est pas un droit pour le citoyen qui en profite individuellement ou pour le fonctionnaire qui a la faculté de l'exercer ; elle reste un attribut des organes de l'Etat exprimant et appliquant la volonté générale qui précisément sanctionne les intérêts. « Ce qui est souverain (κυριον) dans l'Etat, écrivait Aristote, c'est l'administration (πολιτευμα) (2) ; le fonctionnaire est l'âme de l'Etat, suivant l'expression de

1. BEKKER : *op. et loc. cit.*

2. ARISTOTE : *Politique* : liv. III, ch. IV.

Cicéron⁽¹⁾ ; il est l'organe de la souveraineté ⁽²⁾ au même titre que l'électeur. Electeurs et fonctionnaires sont souverains chacun pour une partie que nous aurons à déterminer, en établissant notre théorie générale des fonctions d'autorité.

L'Etat apparaît comme une association d'individus qui se réunissent dans un intérêt commun de sécurité et de bien-être. Pour arriver à cette fin ils consentent, d'une part à demeurer co-propriétaires de certains biens et à aliéner une partie de leur liberté naturelle en s'engageant à obéir à ceux qu'ils désignent.

On fait, dans le premier cas, jouer le rôle d'une personne à la collectivité, pour la facilité des relations juridiques, quand le représentant du groupe plaide, possède, devient créancier, débiteur comme le syndic d'une faillite, le curateur d'une succession, l'administrateur d'une société ; ce rôle est inutile dans le second cas quand il n'y a plus un intérêt matériel, un droit collectif ; on confie des missions spéciales d'autorité à divers membres du groupe, et à eux directement sans passer par l'intermédiaire d'une personne morale.

L'Etat, puissance publique, n'apparaît plus comme une personne ayant des droits ; il n'y a pas de droits mais des fonctions de puissance publique, il n'y a pas de personne

1. CICÉRON : *De Republica*, liv. III, ch. XXV : « sic regum sic imperatorum sic magistratuum sic patrum imperia civibus sociisque praesunt, ut corporibus animus ».

2. SOKOLSKI : *Goğondarstvennæ pravo (Droit public russe)*. Odessa, 1890, p. 5 : « La souveraineté est indissolublement liée à l'Etat ; elle est la condition de son existence, mais elle n'est pas un droit de l'Etat ; elle est un droit dans l'Etat appartenant à l'organe de l'Etat. Cet organe est le sujet du droit de souveraineté ». Cf. SEYDEL : *Bundesstaatsbegriff*, p. 189.

de puissance publique, il n'y a qu'un ensemble de fonctionnaires « de pouvoirs publics constitués en vue de la promotion et de la défense des droits, des intérêts et des aspirations du groupe national » (1).

1. TURGEON : *Une définition de l'Etat et de sa souveraineté* (*Revue du droit public et de la science politique*, 1899, Tome I, p. 75).

SECTION II

Division des rapports juridiques de l'Etat en rapports de droit privé et en rapports de droit public.

L'Etat, ainsi que nous venons de le démontrer, apparaît sous deux formes bien distinctes, soit comme personne morale, soit comme puissance publique. Les relations dans lesquelles la personne morale-Etat entre avec les individus ne sont que des relations de particulier à particulier, c'est-à-dire des rapports de droit privé. Celles qui s'établissent entre la seconde et les citoyens ne sont au contraire que des relations de puissance publique ; ce sont des rapports d'autorité.

De là naissent deux branches différentes du droit des relations de l'Etat avec les citoyens, c'est-à-dire du droit administratif : d'une part le droit privé administratif, d'autre part le droit public administratif.

On a nié cette distinction traditionnelle ; les sociologues soumettent les relations juridiques à un droit d'une seule et même nature, à la fois public et privé ; des jurisconsultes admettent la distinction traditionnelle, mais la repoussent pour les actes de gestion des services publics où la puissance publique se mêle à la gestion ; d'autres, enfin, distinguent l'élément privé de l'élément public mais ils mêlent l'un et l'autre à des degrés divers dans chaque acte juridique de l'Etat.

§ 1. — *Théorie du droit unique à la fois privé et public.*

La distinction du droit en public et privé n'est, dit-on, qu'une distinction purement historique ; c'est celle du droit romain.

Mais elle ne répond pas aux exigences universelles du droit. Ainsi le droit anglais l'ignore et en est demeuré à la communauté de loi dans l'ordre des relations privées et publiques.

Elle n'est pas même un criterium adaptable à toutes les circonstances et ne peut servir de base à une théorie juridique ou à une classification des institutions (1). Ainsi au moyen-âge la souveraineté est patrimoniale, de droit privé ; la fonction publique est considérée comme une propriété de droit privé. Le contrat que généralement on considère comme une relation de droit privé devient aussi bien pour d'autres auteurs un acte de droit public (2) ; on l'applique pour expliquer les rapports qui naissent du paiement de l'impôt, de la prestation du service militaire, de l'acceptation d'une fonction publique. La représentation politique a longtemps été régie par les règles du mandat et encore aujourd'hui le mot est demeuré dans notre langage pour désigner un rapport qui n'a plus rien de commun avec le mandat du Code civil.

L'évolution dans le sens de la désintégration juridique des relations sociales, loin d'affirmer de plus en plus cette division bipartite en droit privé et en droit public, réduit l'une aux dépens de l'autre. Pour M. Posada (3), c'est l'antique

1. GINER : *Resumen* p. 240.

2. *Sic* : SEYDEL, LABAND, JELLINEK, LAFERRIÈRE (Voir ci-dessus p. 235 et s)

3. POSADA : *Tratado de derecho administrativo*. Madrid, 1897-1898, I, p. 72, n° 11.

notion de droit public qui se désagrège pour former des sphères très variées de l'activité sociale si bien que la notion traditionnelle du « droit public » correspondrait plutôt aujourd'hui à celle de « droit politique ».

Inversement ce qui était autrefois de droit privé devient de droit public : il en est ainsi de toutes les fonctions remplies autrefois par des particuliers et que l'Etat assume aujourd'hui.

On ne peut donc voir deux sphères juridiques différentes dans les relations de l'Etat ou des individus. L'individu d'une part a une vie publique, des droits publics, des droits politiques ; la famille est une institution de droit privé et cependant elle est régie presque exclusivement par des règles de droit public. D'autre part l'Etat a lui-même une vie privée toute de gestion patrimoniale et des droits purement privés (1).

Une telle division, pour Posada (2), vient de cette supposition erronée que le droit est l'œuvre objective de l'Etat en tant que gouvernement, alors qu'en réalité c'est l'œuvre de la personne elle-même ; aussi y a-t-il autant de sphères de droit que de personnalités autonomes (3).

Enfin loin de voir en opposition l'Etat et l'individu, il faut au contraire constater qu'à chaque instant il y a coopé-

1. GINER : *op. cit.*, p. 241. « C'est une erreur de croire qu'il y a un droit public qui se rapporte à l'Etat et un droit privé qui se rapporte à l'individu et aux biens. D'abord l'Etat jouit de quelques-uns des droits qu'on a l'habitude de considérer comme privés, par exemple de celui de propriété, et l'individu à son tour a des intérêts publics et des relations qui touchent aux fins sociales, par exemple la *rémunération des fonctions publiques* qui n'est pas autre chose qu'une forme de propriété ».

2. POSADA : *op. cit.*, I, p. 73-74.

3. Par exemple l'Eglise a son droit spécial, de même que l'Université, le canton suisse, l'Etat de l'Union américaine ont des Droits différents.

ration et collaboration de l'un et de l'autre : il y a des centres multiples de vie, des cercles nombreux de relations dans lesquels se mêlent à des degrés divers, sous des formes différentes, la vie juridique de l'Etat et celle de l'individu ; ces relations ne sont ainsi ni de droit public ni de droit privé, mais elles appartiennent à la fois à l'un et à l'autre (1).

C'est qu'il n'y a qu'un seul sujet de droit, la personne, et c'est d'elle seule qu'il faut partir ; elle peut être publique ou privée, peu importe ; elle demeure toujours la même dans le droit, qu'elle soit individuelle ou collective, et en tant que collective qu'elle soit privée, politique ou religieuse. Cette personne a des droits. Ces droits sont à la fois publics et privés ; selon le côté sous lequel on les considère, « tout droit est privé en tant qu'il est particulier à la personnalité substantielle et indépendante de chaque être et se rapporte aux fins de sa vie, et il est public en tant qu'il concerne la subordination et la dépendance organique dans laquelle se trouve le sujet par rapport à un tout commun dont il fait partie » (2).

Appliquant sa théorie aux rapports de l'Etat et du fonctionnaire, Posada n'y voit qu'un rapport juridique de droit commun (3), dans lequel il y a cependant des caractères dominants.

« Répondant au double caractère technique et représentatif de l'Etat les fonctionnaires peuvent se classer suivant que l'un ou l'autre de ces caractères *prédomine* » (4) mais tous cependant ont à la fois l'un et l'autre. Et il n'en saurait être autrement parce que les manifestations de la puis-

1. Précisément pour Posada la fonction publique a ce caractère complexe.

2. GINER : *op. cit.*, p. 240.

3. POSADA : *op. cit.*, I, p. 309.

4. *Ibidem*.

sance publique, quand il n'y a pas de texte positif qui les régit, sont soumises aux principes généraux du droit » (1).

Critique. — Il est certain que la distinction traditionnelle qui date du droit romain peut ne pas correspondre à celle qui a été admise à certaines époques entre le droit public et le droit privé. Il est des relations qui ont pu passer de l'une à l'autre catégorie et l'histoire des doctrines proposées pour l'explication de la fonction publique nous en a donné la preuve. Nous avons remarqué que du moyen-âge à nos jours il y avait eu une évolution constante de certaines fonctions du caractère privé vers le caractère public.

Mais ces oscillations ne détruisent pas notre distinction ; elles montrent seulement qu'à certaines époques on a considéré comme bases de l'Etat des institutions qu'à une autre époque on a jugées en dehors de son domaine, et comme fonctions essentielles des attributions qu'à certains moments on a estimées accessoires.

D'un autre côté Posada part d'un point de vue inexact et d'une conception erronée du droit subjectif.

On ne saurait, comme il le fait, distinguer le droit d'après le caractère du sujet, et il est vrai de dire que cette conception conduit à des conséquences inadmissibles.

Il est manifestement faux de dire que l'Etat a seulement des droits publics puisque, en tant que personne morale, il a tous les droits des individus ; il est non moins inexact de n'attribuer à l'individu que des droits privés, car il est impossible de considérer comme tel le droit de vote ou d'éligibilité, et en général tous les droits politiques dont il jouit.

Même en admettant ce criterium de la distinction du droit

1. POSADA : *op. cit.*, p. 75. L'auteur croit pouvoir ainsi supprimer les actes discrétionnaires en les soumettant aux principes généraux du droit commun.

public et du droit privé, que l'auteur donne comme une opinion admise, il n'en résulte pas qu'une relation, comme celle de la fonction publique, établie entre l'Etat et l'individu, est de droit mixte. Une relation créée entre deux personnes fait naître des droits et obligations réciproques. Un droit est une faculté protégée par la loi et accordée à un intéressé qui devient le sujet du droit. Si le droit prend la qualité du sujet, il devient un droit privé pour l'individu, un droit public pour l'Etat. Or les obligations d'une partie ont pour cause les obligations de l'autre partie, dans un contrat synallagmatique. Si donc, les obligations du fonctionnaire sont de droit public, comment celles de l'Etat peuvent-elles être de droit privé ? Comment des obligations corrélatives peuvent-elles appartenir à des domaines juridiques différents ?

D'autre part quand il s'agira de soumettre la relation à des règles de droit, de savoir quelle sanction comporte leur violation, quelle est l'autorité compétente pour en juger, il faudra bien se décider à choisir entre les règles de droit civil ou celles de droit public entre la sanction judiciaire et la sanction administrative. Il n'y a donc pas de relations juridiques de nature mixte, à la fois publique et privée⁽¹⁾.

En réalité la distinction du droit en public et privé présente un intérêt considérable que méconnaît la théorie de l'unité du droit.

Il est des relations juridiques qui sont soumises à un contrôle juridique très étroit, à des règles précises, fixées dans des textes positifs qui ne laissent guère de latitude aux parties en cause : ce sont les rapports de droit privé. Au contraire celles qui dépendent du droit public n'ont pas la même fixité : souvent elles sont l'œuvre de la cou-

1. Voir ci-dessus p. 379 et s.

tume, en tout cas elles laissent une liberté bien plus grande à l'Etat, auquel elles accordent parfois un pouvoir discrétionnaire (1).

D'autre part il n'y a guère de violation du droit privé qui n'ait une sanction ; le développement du droit public a soumis de plus en plus à des règles de droit l'exercice de la puissance souveraine ; cependant, il est encore de nombreuses manifestations qui échappent à ce contrôle (2) ; il en est ainsi en particulier des actes de gouvernement. Et même quand le contrôle existe la violation du droit n'engage pas la responsabilité de l'auteur d'une façon générale et absolue ; celle-ci varie suivant les besoins et nécessités du service (3).

La sanction de la violation du droit public, quand elle existe, est de la compétence de tribunaux spéciaux : le Conseil d'Etat seul est juge du contentieux de l'annulation des actes illégaux, et il est le juge de droit commun en matière de contentieux administratif. Au contraire la compétence des litiges de droit privé appartient aux tribunaux civils, de commerce, de prud'hommes. C'est même la compétence qui fait le plus souvent l'intérêt de la distinction du droit privé et du droit public.

Les textes de l'un et l'autre droit présentent souvent des caractères particuliers : les principes du droit public d'un pays sont souvent posés par des lois d'une nature particulière, votées par des assemblées spéciales, appelées constituantes ; les lois ont besoin parfois de l'approbation du

1. Voir ci-dessous la théorie de la responsabilité de l'Etat. Cf. Conflits 8 février 1873. S. 1873. 2. 153 ; 20 mai 1882, S. 3. 41 ; 20 décembre 1884, S. 86. 3. 43. Caen 23 juin 1894. S. 1897. 2. 257 note de M. Michoud.

2. LAFERRIÈRE : *Juridiction administrative*, T. II, p. 32, et s.

3. HAURIOU : dans BEQUET, v^o *Droit administratif*.

peuple, et ne peuvent généralement être modifiées que dans les formes suivant lesquelles elles ont été établies. Au contraire les règles du droit privé, sont l'œuvre des lois ordinaires votées par les assemblées permanentes qui expriment la volonté de la nation.

Enfin, il est nécessaire de faire remarquer que le droit privé est surtout individuel, qu'en cette matière le législateur ne fait guère que sanctionner des principes de droit naturel ; en droit public au contraire il crée bien davantage, il a une initiative bien plus grande, car il n'est pas lié par un principe supérieur d'équité et de justice, qui est souvent absent des règles contingentes du droit public. On ne comprendrait pas par exemple que le législateur ne reconnaisse pas le droit de propriété, on admet fort bien qu'il restreigne le droit de vote.

Le droit public et le droit privé, sont donc deux domaines bien distincts et leur distinction a des intérêts pratiques considérables (1).

Celle-ci peut s'établir sur des bases diverses.

Nous avons vu que M. Posada la fondait sur la qualité du sujet de la relation ; mais nous avons écarté ce criterium qui ferait de tous les droits politiques et de tous les droits publics individuels, des droits privés (2).

On ne peut non plus envisager la sanction du droit, pour fonder cette distinction, et dire que le droit privé est celui qui remet cette sanction aux mains de l'individu, le droit public, celui qui la confie à l'Etat. Dans tous les cas en effet c'est la puissance publique, la force coercitive, c'est-à-dire la souveraineté matérielle, qui contraint à l'exécution d'une obligation.

On restreint parfois, il est vrai cette théorie en disant

1. M. LARNAUDE : *à son cours*.

2. Voir ci-dessus, p. 271.

qu'il suffit que l'individu puisse mettre en mouvement l'action qui apportera la sanction au droit violé, pour que celui-ci soit de droit privé.

C'est oublier que très souvent en droit privé, l'Etat intervient d'office, sans avoir été sollicité par l'individu ; il en est ainsi toutes les fois que l'ordre public, la morale ou les bonnes mœurs sont en jeu. Les nullité de mariage, peuvent être demandées par le ministère public. Inversement, en droit public, l'Etat n'a pas toujours la mise en mouvement de l'action, en vue de sanctionner le droit violé : ainsi seul l'individu peut demander l'annulation d'une élection qu'il croit entachée de fraude.

On peut enfin remarquer que ce critérium ne peut s'appliquer qu'au cas où le droit a une sanction ; mais dans des cas multiples, aussi bien en droit privé qu'en droit public, en matière de distinction de biens, de mariage, comme dans l'exercice du pouvoir législatif, des règles de droit objectif n'ont pas de sanction, et cependant il faut les classer dans l'une ou l'autre catégorie.

C'est encore dans le fondement du droit subjectif, qu'il faut chercher la base de la distinction du droit privé et du droit public. Si l'on admet que l'intérêt est la base du droit comme nous l'avons montré, on doit dire que le droit est public ou privé, suivant que l'intérêt en jeu a lui-même l'un ou l'autre caractère. Ainsi on considérera comme de droit privé, les règles qui ont pour but essentiel et principal de protéger une utilité particulière. Au contraire seront de droit public toutes celles qui touchent à l'organisation même de l'Etat, à ses fonctions essentielles (1). C'est déjà la règle posée par Ulpien : « *Publicum jus est quod ad statum*

1. M. LARNAUDE : à son cours.

rei Romanæ spectat ; privatum quod ad singulorum utilitatem » (1).

Il ne faut pas dire cependant que toutes les règles d'ordre public sont pour ce motif de droit public, car les règles sur la capacité des personnes, sur la distinction des biens, sur les règles du consentement, de la preuve, seraient ainsi enlevées au droit privé. Or ces règles impératives ne sont pas le fondement de l'Etat, qui a existé sans elles, à d'autres époques.

On ne peut davantage dire avec les Allemands que cette distinction n'est que celle de l'intérêt général et de l'intérêt particulier ; car d'une part les actes de gestion du patrimoine de l'Etat sont de droit privé, nul ne le conteste et cependant c'est dans l'intérêt général qu'ils sont conclus ; et d'autre part les droits publics individuels sont de droit public, bien que l'intérêt de l'individu soit plus directement en jeu.

Cette distinction n'est autre que celle de la puissance publique et de l'intérêt privé. La première en effet est la base de l'organisation de l'Etat ; c'est elle qui fait que l'Etat subsiste (*statum*) ; c'est elle qui fait l'objet des différentes fonctions de l'Etat qu'Ulpien résume dans ces trois mots : *sacra, sacerdotes, magistratus*. Le droit public est donc l'ensemble des règles qui régissent les fonctions de la puissance publique ; le droit privé comprend celles auxquelles est soumis l'exercice des intérêts privés (2).

Il y a donc, non pas unité, mais dualité dans le Droit (3).

1. ULPPIEN : Loi I, § 2, *De justitia et jure*, I, 1.

2. Cf. ACCARIAS : *Précis de droit romain*, 4^e éd., T. I, p. 6-7.

3. « Il est ridicule de prétendre décider des droits des royaumes, des nations et de l'univers, par les mêmes maximes sur lesquelles on décide entre particuliers d'un droit pour une gouttière, pour me

§ 2. — *Théorie de la gestion administrative. M. Hauriou.*

Avec M. Hauriou, nous revenons à la distinction traditionnelle du droit en deux branches, le droit public et le droit privé.

Mais celle-ci est loin d'être absolue. En effet, il y a bien d'une part des règles de droit privé qui régissent les relations des particuliers entre eux ou des individus avec l'Etat qui fait des actes de gestion pure ; il y a des règles de droit public, quand la puissance publique à l'état de repos agit par voie d'autorité.

Mais il existe un terrain mixte sur lequel la puissance publique et la gestion se rencontrent : c'est celui de la gestion administrative. Les actes de gestion administrative se distinguent des actes de gestion pure parce qu'ils impliquent l'exercice de la puissance publique et nécessitent l'emploi des prérogatives de l'autorité. Ils se séparent des actes de puissance publique parce que celle-ci n'est plus en puissance mais s'actualise dans la gestion ; ils sont le fruit non plus d'une « relation de pur voisinage » (1), mais « de la collaboration de l'administré et de l'Etat ».

D'autres auteurs ont également présenté une théorie analogue qui fait des « actes de gestion des services publics » une catégorie d'actes intermédiaires entre la gestion privée et la fonction de puissance publique et qui est soumise à la fois à des règles de droit public et de droit privé. Ainsi la majeure partie du droit administratif aurait un caractère mixte (2).

servir de l'expression de Cicéron. » MONTESQUIEU : *Esprits des lois*, liv. XXVI, ch. XVI.

1. HAURIOU : *La gestion administrative*, Paris 1899, p. 57.

2. LONGO : *Le odierne difficulta del diritto amministrativo*, *Archivio Giuridico*, XLIII, 1892, p. 495¹.

Même les auteurs qui ont opposé le plus nettement la puissance publique et la personne morale pensent qu'il y a « impossibilité et même péril au point de vue du droit public interne de séparer d'une manière absolue ces deux caractères de l'Etat » (1), « ils sont si intimement liés l'un à l'autre qu'ils se confondent le plus souvent dans l'individualité de l'Etat, et il serait dangereux d'établir entre eux une démarcation absolue » (2).

M. Hauriou les réunit, non seulement au point de vue du sujet, mais encore au point de vue de l'exercice du droit. La gestion implique une collaboration (3) ; la puissance publique à l'état de gestion, c'est-à-dire en tant qu'elle effectue un service public, est par là même à l'état de collaboration, elle gère une entreprise coopérative, elle a des collaborateurs. Elle est une entreprise coopérative, parce que les organes de l'administration publique ne gèrent pas dans leur propre intérêt, mais dans celui de la collectivité des administrés et parce que ces organes sont choisis à l'élection. La preuve de cette collaboration est dans ce fait que les services s'exécutent à prix d'argent ; le budget sert à payer des services particuliers c'est-à-dire des concours et des coopérations.

Au nombre de ces collaborateurs sont les fonctionnaires, qui acceptent volontairement la fonction moyennant rémunération (4).

1. DUCROCQ : *La personnalité civile en France du Saint-Siège*, p. 10 ; *De la personnalité civile de l'Etat*, 1894, p. 5.

2. DUCROCQ : *Cours de droit administratif*, 1^{re} éd., n° 275, p. 253, 6^e éd. T. II, n° 905, p. 104. Cf. LAURENT : *Droit civil international*, IV, n. 216.

3. HAURIOU : *La gestion administrative* et note sous Conseil d'Etat, 13 janvier 1899. S. 1900, 3, p. 2.

4. « De la concession de la fonction publique découlent ainsi des rapports de gestion entre l'administration et le fonctionnaire. Cela

Aussi de cette coopération de la puissance publique à la gestion qui pour l'auteur se produit dans tous les services publics naissent des relations nouvelles qui ne sont ni de droit public ni de droit privé, mais participent à la fois de l'un et de l'autre « la fonction publique, dit-il, est un amalgame très intéressant du privé et du public » (1).

Il est assurément peu d'opérations administratives qui ne comprennent à la fois des actes de puissance publique et des actes de gestion, mais l'analyse peut toujours les découvrir et ramener à l'une des deux catégories traditionnelles chacun de ces actes. Ce n'est pas l'opération entière qu'il faut considérer. Ainsi que l'établit Piloty (2), à propos de la responsabilité de l'Etat, pour savoir à quelle classe appartient une opération juridique, il faut en examiner chaque acte dans sa nature intrinsèque et non pas dans l'ensemble des actes confiés à un service public. Ainsi quand un dépôt judiciaire est ordonné par le juge, cet ordre est un acte d'autorité, mais le dépôt, une fois effectué, la garde en devient un acte de droit privé, un acte de gestion ; de même, la saisie est un acte de droit public, mais la garde des objets saisis est un acte de droit privé.

On peut analyser de même façon les exemples que nous tient à ce que le fonctionnaire n'exploite pas la concession à son propre profit mais pour le profit du service public ; il collabore donc avec l'administration et cette collaboration est de nature à lui donner des droits, car de même que l'administration compte sur lui, il compte sur elle et il se fie aux situations de fait et de droit qui s'établissent à son avantage. C'est sur cette idée que se fonde le droit au traitement pour les services faits, le droit à la pension lorsque les conditions sont réalisées, le droit à une indemnité en cas de révocation ou de déplacement intempestifs ». HAURIU : Note dans S. 1899, 3. p. 107, 3^e colonne ; Cf. *La gestion administrative*, p. 22.

1. HAURIU dans BEQUET, v^o *Droit administratif*.

2. *Hirth's Annalen*, 1888, p. 263.

propose M. Hauriou et qui constituent pour lui des actes de gestion administrative.

L'éminent auteur distingue quatre classes d'actes de gestion administrative (1) : 1^o la gestion pécuniaire qui implique un acte unilatéral statuant à l'égard d'une créance ou d'une dette de l'administration ; 2^o la gestion par bons offices dans lesquels la collaboration est plutôt donnée par l'administration à l'individu que par celui-ci à la première : c'est par exemple l'exécution de travaux publics en tant qu'elle produit des effets vis-à-vis des tiers et spécialement des conséquences de plus-value ; l'administration contribue à l'enrichissement des administrés ; 3^o la gestion forcée dans laquelle la collaboration de l'administration est imposée par voie de contrainte légale, par exemple en cas d'occupation temporaire ou d'établissement de servitudes légales ; 4^o enfin, la gestion contractuelle qui comprend tous les contrats passés par l'Etat en vue du fonctionnement des services publics.

Dans tous ces cas, on peut analyser chaque opération en plusieurs actes ayant chacun un caractère propre.

Ainsi la gestion pécuniaire comprend deux actes bien distincts dans la pratique : 1^o l'acte unilatéral de puissance publique qui constate la créance de la dette : tels l'établissement du rôle des contributions directes, le jugement de débet pour les comptables ; 2^o la perception effective de la contribution ou du débet, soit volontaire, ce qui en fait un acte de gestion pure, soit forcée, ce qui en fait un acte de puissance publique. Dans le premier cas il y a deux actes différents, l'un régi par des règles de droit public, les lois administratives spéciales, l'autre par les règles de droit commun sur l'acquittement des obligations. Dans le second il y a deux actes de puissance publique.

1. HAURIOU : *La gestion administrative*, p. 22-31.

Dans la gestion par bons offices et dans le cas cité d'exécution de travaux publics qui profitent à des tiers, il n'y a même pas du tout de gestion vis-à-vis des intéressés, qui n'en profitent que par reflet ; si l'on y place les arrêtés préfectoraux qui autorisent ou refusent l'établissement d'usines dangereuses, incommodes ou insalubres, on est en droit de se demander où il sera possible de trouver des actes qui soient plus nettement des actes d'autorité.

Quant à la gestion forcée, l'acte d'occupation temporaire est un pur acte de puissance publique, acte unilatéral, dans laquelle l'intéressé n'a qu'une protection *légal*e et non contractuelle, il n'y a pas gestion des intérêts de l'occupé. De même le recrutement de l'armée ou les réquisitions militaires n'ont pas un autre but. Par cette porte on peut faire passer toute la puissance publique.

Enfin, la gestion contractuelle, qui nous intéresse plus particulièrement car elle comprend les contrats passés en vue des services publics, peut avoir une nature complexe, mais celle-ci ne résiste pas à l'examen. Un marché de travaux publics est au fond un acte de gestion comme un marché de fournitures ; le contrat en lui-même appartient au droit privé, le Code civil en fournit les règles qui ne sont pas dans les lois administratives⁽³⁾ ; la compétence des contestations qui surgissent avec les tiers est même judiciaire ; un cahier des clauses et conditions peut être imposé dans tout contrat privé ; qu'importe dès lors qu'il y ait des formes administratives imposées ou même un acte de puissance publique au début de la relation ainsi créée.

Ainsi, dans notre espèce, M. Hauriou qui assimile la fonction à une concession sur le domaine public, voit avec

1. LAFERRIÈRE : *op. cit.*, I, 95 et s.

2. LAFERRIÈRE : *op. cit.*, II, 120.

3. LAFERRIÈRE : *op. cit.*, II, 129.

raison dans la nomination du fonctionnaire un acte de puissance publique ; s'ensuit-il, comme il l'admet maintenant, que le régime qui en est issu soit de gestion administrative ou, comme il l'admet ailleurs parfois, de gestion privée ? En aucune façon, il y a deux régimes successifs ; l'un ne dure qu'un instant, c'est celui de la nomination qui, d'ailleurs, ne touche pas au fond même du régime puisque celle-ci n'est que la manifestation unilatérale d'un accord parfois synallagmatique, l'autre demeure avec son caractère et tantôt sera de droit public, tantôt sera de droit privé.

Il est d'autre part inexact de dire que les relations de puissance publique à citoyen soient des relations « de pur voisinage ».

C'est une protection incessante de la puissance publique qui s'exerce non pas, comme le dit M. Hauriou (1), « pour elle-même, comme un propriétaire qui, dans son enclos, exerce les pures facultés qui sont contenues dans le droit de propriété sur la chose », mais au contraire elle agit comme une protectrice des droits des individus. Inversement, si la puissance publique collabore à l'exercice des droits des individus, les administrés coopèrent à l'exercice de la puissance publique ; ils sont la matière même sur laquelle s'exerce cette puissance, et, ainsi qu'on l'a fait remarquer (2), « l'obéissance à la loi, d'après M. Hauriou lui-même, est une forme de coopération à l'ordre public ». Il n'y a donc pas opposition entre la puissance publique et l'individu, il y a même intime coopération incessante et, par suite, disparaît le critérium que M. Hauriou avait posé

1. M. HAURIOU : *La gestion administrative*, p. 67.

2. M. JACQUELIN : *Une conception d'ensemble du droit administratif*, p. 9.

pour distinguer l'exercice de la puissance publique de la gestion administrative.

Si nous allons plus loin dans la théorie de M. Hauriou, et si nous en examinons les conséquences au point de vue des recours, nous voyons qu'elle n'est guère protectrice des droits du citoyen. En effet, elle restreint la catégorie des actes de pure puissance publique ; la plupart de ces actes entrent dans la catégorie des actes de gestion administrative ; par suite, on fait presque disparaître le contentieux de l'annulation pour étendre le contentieux de la réformation. A cela nous voyons deux inconvénients fort graves : d'une part, on augmente dans une mesure énorme le pouvoir du juge vis-à-vis de l'administration active ; on lui donne le pouvoir de prendre dès lors de véritables décisions administratives engageant la puissance publique, par exemple de réformer un arrêté préfectoral, ce qui est contraire à l'esprit de notre droit.

D'autre part, serait-ce un bien même pour l'administré ? On peut en douter, car l'arbitraire du juge en matière d'intérêt lésé, base du recours contentieux ordinaire, est plus grand qu'en matière de droit violé, base du recours pour excès de pouvoir, et le juge administratif pourrait tout aussi bien refuser à l'individu une sanction à laquelle il a droit que lui accorder une faveur à laquelle il ne pourrait prétendre par un recours pour excès de pouvoir (1).

Il faut donc écarter cette vague notion de la gestion administrative, qui menace d'englober toute la puissance publique, de soumettre à la juridiction administrative tous les actes des autorités administratives, de nous ramener à la théorie sociologique de l'unité du droit et à l'unification des situations si différentes de tous les fonctionnaires.

1. M. JACQUELIN : *op. cit.*

§ 3. *Théorie des actes de puissance publique à décroissance graduelle. M. Jacquelin.*

Après avoir critiqué fort justement la théorie de la gestion administrative et rejeté la division tripartite du droit administratif, M. Jacquelin conclut avec raison que « le droit administratif est partagé entre les deux notions de puissance publique et de patrimonialité » (1), et que « cette distinction est fondamentale et naturelle » (2). « Par le caractère de puissance publique, le droit administratif est uni par des liens très étroits au droit constitutionnel (3)..., par le caractère de patrimonialité, le droit administratif se rapproche du droit civil » (4).

Mais pour l'auteur il n'y a pas plus identité entre le droit administratif de la puissance publique et le droit public pur qu'entre le droit privé administratif et le droit civil. C'est que chaque acte administratif n'appartient exclusivement ni à l'un ni à l'autre droit, par ce fait que chaque acte, à des degrés divers, participe à la fois au caractère de puissance publique et au caractère de patrimonialité.

« L'activité de l'administration évolue entre deux points extrêmes, la puissance publique et la patrimonialité » (5). Entre ces deux pôles il n'y a pas de séparation absolue (6), mais l'idée de puissance publique décline graduellement

1. M. JACQUELIN : *Une conception d'ensemble du droit administratif*, p. 8.

2. *Op. cit.*, p. 28.

3. Par exemple pour les règles de l'organisation administrative, du système électoral, des organes administratives, *op. cit.*, p. 24 et 27.

4. Voir les règles de la gestion du domaine, des contrats, des obligations délictuelles.

5. JACQUELIN : *op. cit.*, p. 24.

6. *Op. cit.*, p. 18.

jusqu'à celle de patrimonialité (1). Il s'établit ainsi une hiérarchie des actes administratifs. On constate facilement cette gradation descendante dans l'acte de gouvernement, l'acte d'administration pure et discrétionnaire, le règlement, l'acte administratif proprement dit, enfin l'acte de patrimonialité (2). Cette hiérarchie est parallèle à celle de la généralité de l'acte, c'est-à-dire à l'étendue matérielle de territoire sur laquelle il se fera sentir ; elle correspond aussi également à celle des personnes administratives dont l'étendue territoriale et la compétence vont en se restreignant à mesure qu'on passe de l'Etat au département, à la commune, aux établissements publics, aux établissements d'utilité publique. Plus l'acte est général, plus est élevée la personne administrative qui l'accomplit, plus il participe à la puissance publique et moins il a le caractère de patrimonialité. Il n'y a donc pas d'acte de pure puissance publique, parce qu'il y a toujours gestion d'intérêts collectifs ; il n'y a pas d'acte de pure patrimonialité, parce qu'une personne morale publique a toujours des règles et des privilèges spéciaux qui découlent de son caractère de puissance publique, si effacé qu'il soit.

Ainsi, après avoir repoussé pour toute une catégorie d'actes la théorie de la gestion administrative de M. Hauriou, M. Jacquelin la rétablit pour chaque acte administratif ; ce n'est plus une division tripartite, c'est une division multiple, infinie ; tout acte administratif n'est ni public ni privé, il est un acte mixte qui participe de l'un et de l'autre dans une mesure qui dépend de son élévation dans l'échelle administrative.

Cette théorie nous semble tomber sous le coup des mêmes objections que la théorie de M. Hauriou.

1. *Op.*, et *loc. cit.*,

2. *Op.* et *loc. cit.*

Henry Nézard

A l'encontre de cette théorie, on peut affirmer qu'il y a des actes de pure puissance publique dans les actes administratifs. M. Jacquelin ne reconnaît-il pas lui-même que l'arrêté préfectoral portant autorisation ou refus d'autorisation d'un établissement dangereux, incommode ou insalubre, est un acte de pur commandement (1) ?

D'ailleurs il est difficile d'admettre que l'autorité publique puisse avoir des degrés de puissance. Qu'importe qu'un acte soit un arrêté du maire ou un arrêté du préfet : l'un et l'autre sont des actes de puissance au même titre, aussi obligatoires l'un que l'autre et ayant une sanction analogue. Qu'on ordonne au nom des 100.000 habitants du département ou des 1.000 habitants de la commune, on fait un acte de commandement pur, et il n'y a pas plus gestion dans l'arrêté du préfet que dans l'acte du maire ; il n'y a qu'un acte de pure puissance publique, un acte de droit public.

Inversement il y a des actes de pure patrimonialité et ces actes peuvent être aussi bien des actes du ministre que des actes du maire : un bail d'immeuble pour l'établissement d'un ministère n'a pas un autre caractère que le bail d'une maison pour l'établissement d'une école communale ou d'une fabrique, pour la construction d'un dispensaire. Le droit civil, au contraire de ce que pense M. Jacquelin (2), a autant d'influence sur l'un que sur l'autre. Il y a application des règles de droit civil et le droit public n'intervient en aucune façon. Il y a assurément des règles spéciales pour les contrats administratifs, qui constituent des dérogations au droit commun. Mais elles ne sont pas dues à la présence de la puissance publique dans la formation du contrat. Elles sont la conséquence de ce fait que le fonctionnaire passe le contrat non pour lui-même mais pour une autre

1. *Op. cit.*, p. 9-10.

2. *Op. cit.*, p. 26.

personne. Tous ceux qui passent des contrats pour autrui sont soumis à des règles particulières. A plus forte raison doit-il en être ainsi quand la personne pour qui le contrat est passé, est un incapable, comme le pupille, ou une collectivité, comme une société civile ou l'Etat. Le tuteur, l'administrateur, le fonctionnaire, sont soumis à des conditions particulières de gestion nécessitée par ce fait qu'ils gèrent des intérêts qui ne sont pas les leurs et qui sont ceux d'un incapable que la loi protège.

Si les exceptions au droit commun sont plus nombreuses à mesure qu'on s'élève dans la hiérarchie administrative, c'est que les intérêts sont plus considérables, qu'ils touchent à un plus grand nombre d'associés, que l'administration est plus éloignée des intéressés et, par suite, est soumise par ceux-ci à une surveillance moins étroite.

S'il n'y a pas de degré dans la puissance publique ni dans la patrimonialité, c'est qu'un acte doit revêtir nécessairement l'un ou l'autre de ces caractères, c'est qu'il ne participe pas à la fois à l'un et à l'autre. Quand une opération administrative est complexe, quand, par exemple, un acte de puissance publique opère un déplacement dans le patrimoine d'un individu ou quand un acte de gestion engendre une subordination d'un citoyen à l'Etat, il est toujours possible de décomposer cette opération en des actes qui ont chacun un caractère propre exclusivement de droit public ou de droit privé.

§ 4. — *Théorie traditionnelle.*

Nous avons montré qu'il n'y avait pas union dans un même acte administratif de la puissance publique et de la patrimonialité. Nous pensons au contraire qu'il y a opposition entre ces deux modes d'activité de l'administration : l'une

se traduit par des actes de commandement et est soumise aux règles du droit public, l'autre se manifeste par des actes de gestion et appartient au droit privé.

Ainsi tout le droit administratif se trouve partagé entre les deux branches fondamentales du droit, le public et le privé ; chaque opération générale administrative peut être soumise à des règles de droit public et à des règles de droit privé ; en particulier la théorie de la fonction publique sera tantôt sous un régime de droit public, tantôt sous un régime de droit privé.

Cette distinction des actes de gestion et des actes de puissance publique parallèle à la séparation de l'Etat personne morale et de l'Etat puissance publique est l'œuvre de la jurisprudence administrative.

Sous l'ancien régime elle était inconnue : les intendants par exemple mettaient fréquemment leur droit d'autorité publique au service des intérêts pécuniaires du domaine ; ils réclamaient pour leur juridiction, qui en principe n'aurait dû statuer que sur les actes de puissance publique, tous les litiges concernant les matières d'administration qui sont actuellement de la compétence des tribunaux administratifs et, de plus, les contestations relatives aux contributions indirectes, aux douanes, aux affaires du domaine, à l'expropriation pour utilité publique et à toute matière d'intérêt général (1).

Pendant la Révolution on suit la même voie : les lois du 16-24 août 1790 et du 16 fructidor an III sont conçues en des termes généraux qu'on interprète en faisant de tous les actes administratifs des actes de puissance publique, pour enlever leur contrôle à l'autorité judiciaire. On défend en effet aux tribunaux « de troubler de quelque

1. GUYOT : *Traité des droits, fonctions, etc.*, T. III, *passim*.

manière que ce soit les opérations des corps administratifs » et « de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient ».

Par des formules si larges, il semblait bien que le législateur avait voulu prévenir toute distinction entre les différents actes des autorités administratives et les soustraire tous à la compétence judiciaire : c'est en ce sens que furent interprétées ces lois sous la Convention. Le Directoire suivit la même voie : toute décision et contrat d'intérêt général est de droit public. Un arrêté du 2 germinal an V (1), qualifie d'actes administratifs « toutes les opérations du gouvernement ou de ses agents avec les fonds fournis par le Trésor » (2).

Sous l'Empire et la Restauration, les mêmes règles dominent encore : le principe d'autorité qui s'était affirmé dans le gouvernement était naturellement hostile aux recours contentieux soit devant les tribunaux judiciaires soit devant les tribunaux administratifs, et par conséquent était porté à voir dans tous les actes d'administration des actes de puissance publique. Même on voit le Conseil d'Etat appliquer l'art. 49 du décret du 22 juillet 1806 punissant les pourvois téméraires, tels que ceux formés contre des nominations de fonctionnaires, actes considérés comme essentiellement de puissance publique (3).

1. Inséré au *Bulletin des lois* à sa date.

2. « Considérant que l'art 13 du titre II de la loi des 16-24 août 1790 établit en principe général que les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront séparées des fonctions administratives, que, par la loi du 16 fructidor an III, défenses itératives sont faites aux tribunaux de reconnaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit, que dans la classe des affaires administratives se rangent toutes les opérations qui s'exécutent par ordre du gouvernement, par ses agents immédiats et avec les fonds fournis par le Trésor public »...

3. Des arrêts du 13 mars 1822, *De Courso*, du 10 août 1825 et

Cependant les idées libérales se font jour sous le gouvernement de Juillet, on donne une compétence plus étendue à la justice administrative. L'art. 89 de la Constitution de 1848 instituant le tribunal des Conflits consacre la distinction de la gestion et de la puissance publique en deux contentieux bien séparés. Mais la théorie sombra avec la République. Le tribunal des Conflits disparaît, la juridiction propre du Conseil d'Etat est anéantie, ce n'est que par le détour de l'excès de pouvoir qu'on peut juger qu'elle n'est pas morte.

Mais depuis 1872 la théorie de la distinction des actes d'administration en deux classes s'est nettement affirmée par suite d'une étude plus approfondie du rôle de l'administration active, par une interprétation plus exacte des lois de 1790 et de l'an III, par un examen plus attentif du principe de la séparation des pouvoirs, de la notion de l'acte administratif et de celle des attributions essentielles de l'autorité judiciaire.

Une double mission incombe à l'administration. Nous avons vu que l'Etat était à la fois personne morale et puissance publique, qu'il avait ainsi des droits et des fonctions que gère ou remplit l'administration. De là naît son double rôle.

D'une part l'administration gère les intérêts de la personne morale, elle perçoit ses revenus, les affecte à un service, passe des contrats avec les particuliers, spécialement avec des agents qui lui louent leurs services. « Les actes qu'elle accomplit pour remplir cette mission sont ceux que l'on appelle *actes de gestion* » (1).

du 23 novembre 1825 condamnent des avocats à des amendes de 30 à 50 francs pour avoir introduit un pourvoi par la voie contentieuse contre des nominations de fonctionnaires.

1. LAFFERRIÈRE : *op. cit.*, 2^e éd, I, p. 5.

« Tout acte de gestion a pour objet de conserver, de diminuer ou d'augmenter un patrimoine » ; or « il n'y a pas de patrimoine sans propriétaire, dit M. Berthélemy, puisque un patrimoine n'est que l'ensemble des rapports juridiques entre une personne et les biens qui lui appartiennent. Les actes de gestion apparaissent ainsi comme ceux que font les administrateurs en tant que représentants des personnes morales administratives » (1).

Les actes de gestion sont donc des actes de l'Etat personne morale, des actes de droit commun.

« D'un autre côté, ajoute M. Laferrière, l'administration est dépositaire, d'une part d'autorité, de puissance, qui est un des attributs du pouvoir exécutif. Elle est chargée de faire exécuter les lois, d'édicter les prescriptions secondaires destinées à assurer leur application, de régler la marche des services publics et de procurer aux citoyens les avantages d'une bonne police ; elle intervient par voie de prescriptions générales et individuelles, d'injonctions ou de défenses, adressées à ceux qui s'écarterent des règles prescrites ou qui nuisent à l'intérêt général. L'administration agit alors comme autorité, comme puissance et ses actes sont dits *actes de commandement* ou de *puissance publique* » (2).

La puissance publique n'est pas un droit d'une personne morale, elle est la fonction d'un organe de l'Etat, elle est une fonction de droit public.

Cette distinction s'est affirmée à propos de la compétence

1. M. BERTHÉLEMY : *Droit administratif*, p. 46.

2. LAFERRIÈRE : *op. cit.*, 2^e éd. I, p. 5 : et II, p. 186-187 ; Cf. AUCOC : *Conférences sur l'administration*, p. 23 et s. ; HAURIU dans BEQUET : T. XIV, p. 6 n. 22 ; BRÉMOND : *Traité de la Compétence*. n. 399 et s. ; MICHOUX : *De la Responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents* (*Revue du droit public et de la science politique*), 1895, I et II, n. 9 et s.

des litiges créés par des actes administratifs. Le principe de la séparation des pouvoirs, tel qu'il est posé dans les lois de 1790 et de l'an III, n'est en réalité qu'une séparation de l'autorité exécutive et de l'autorité judiciaire. Il ne doit donc pas suffire d'invoquer un intérêt général ou de donner une forme administrative à certains actes qui, d'après leur objet, sont de droit commun pour les enlever à la connaissance de l'autorité judiciaire qui a pour mission de garantir les intérêts d'ordre privé. Nous avons vu en effet que le caractère public d'un acte ne pouvait résulter ni de sa forme, ni de la qualité de son auteur, ni de l'intérêt en jeu, mais qu'il était la conséquence de la nature de son objet. « On ne doit pas considérer comme acte sortant du droit commun, dit M. Laferrière, tout acte émané de l'administration, toute opération accomplie ou prescrite en vue d'un intérêt général, mais seulement les actes et les opérations qui se rattachent à l'exercice de la puissance publique et qui excèdent à ce titre les facultés des citoyens... ; les facultés qui sont égales pour tous dans les rapports des individus entre eux le sont aussi dans leurs rapports avec l'administration, lorsque celle-ci fait en vue d'intérêts généraux ce qu'un simple citoyen pourrait faire en vue d'intérêts particuliers (1). Mais ces facultés ne sont plus égales entre les individus et l'administration quand celle-ci exerce la puissance qui lui a été déléguée. Ce n'est plus alors le principe d'égalité qui domine, mais au contraire le principe d'autorité, droit de commandement d'un côté, devoir de soumission de l'autre » (2).

Ainsi dans le premier cas, l'égalité de droit entre l'Etat et le particulier fait que tout rapport juridique qui s'établit entre eux sur ce pied d'égalité est un acte de gestion et

1. Cf. BERTHÉLÉMY : *Droit administratif*, p. 47-48.

2. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, I, p. 479.

un acte contractuel ; dans le second cas c'est un rapport unilatéral de puissance.

Telle est aujourd'hui la distinction fondamentale de notre droit administratif arrivé, grâce à la jurisprudence, à un point de développement que n'a pas atteint celui des autres nations.

Cette dualité des actes de l'administration, actes de puissance et actes de gestion, conséquence du double caractère de l'Etat, puissance publique et personne morale, est une loi générale de toutes les législations avancées.

En Italie les auteurs diffèrent parfois sur le caractère distinctif de chaque classe d'actes, mais sont très affirmatifs sur le principe même de la séparation de la gestion et de la puissance publique. Giorgi opposant les actes accomplis *jure gestionis* et ceux accomplis *jure imperii* rattache cette distinction à la théorie de l'Etat : « elle correspond à la distinction de deux ordres de relations diverses entre l'Etat et les individus et de deux faces différentes de la personnalité de l'Etat : relations de droit public ou personnalité politique quand l'acte accompli au nom de l'Etat constitue l'exercice de la puissance publique, relations de droit privé ou personnalité juridique quand l'acte n'est pas l'émanation de la puissance publique » (1). Dans le premier cas, ajoute l'auteur, il y a un rapport unilatéral ; dans le second, c'est un rapport d'égalité, un rapport contractuel. « Ce criterium répond à une idée scientifique : c'est au droit public à régler les garanties accordées au citoyen contre les abus de pouvoir ; c'est au contraire le droit privé qui doit s'appliquer à l'Etat quand celui-ci se dépouille du droit de commander et développe son activité dans le champ des relations individuelles » (2).

Cette doctrine est généralement acceptée par les au-

1. GIORGI : *La dottrina delle persone giuridiche*, Tome III, p. 165
Cf. Teoria delle obbligazioni. Florence, 1882, T. V, p. 471-472.

2. GIORGI : *La dottrina*, l. c.

teurs (1) et la jurisprudence en fait une application fréquente (2).

En Allemagne, malgré les divergences des auteurs sur l'étendue du domaine de la personne civile de l'Etat, on admet à peu près unanimement la distinction fondamentale de la puissance publique et de la gestion, la première créant des rapports spéciaux, la seconde engendrant des relations de droit commun. « L'Etat, dit Rönne, peut agir de deux manières, comme puissance publique, c'est-à-dire comme Etat dans le sens éminent, ou comme association productive pour se procurer les moyens nécessaires à la marche de l'Etat, c'est-à-dire comme fisc. Agissant comme puissance publique, l'Etat ne peut se trouver soumis aux règles et aux obligations du droit privé ; comme fisc, au contraire, l'Etat peut acquérir des droits et avoir des obligations suivant les règles du droit commun » (3). « Quand il agit comme puissance publique, dit Löning, l'Etat se présente comme un pouvoir supérieur à la volonté duquel les particuliers sont obligés d'obvier, au lieu que dans le cas contraire l'Etat se met sur un pied d'égalité avec la personne privée » (4).

Partout enfin où il existe un droit public, en Belgique (5), en Amérique (6), cette distinction s'est produite. Elle est

1. BONASI : *Della responsabilita penale e civile dei ministri e degli ufficiali pubblici*, Bologne, 1874, p. 330, 346, 349 ; BERTOLINI : *Delle garanzie della legalita in ordine alla funzione amministrativa*, Roma, 1890, p. 230 et s.

2. GIORGI : *La dottrina*, III, p. 161 ; Cour de Lucques, 24 mai 1888 ; Cass. Florence, 27 juin 1889 [cités par BERTOLINI : *op. cit.*, p. 235, note 1].

3. VON RÖNNE : *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 4^e éd. Berlin, 1883. Tome III, p. 583.

4. LÖNING : *Die Haftung des Staats*, p. 93.

5. LAFERRIÈRE : *op. cit.*, I, p. 91-94.

6. GOODNOW : *op. cit.*, p. 554.

donc le résultat d'une loi générale et absolue de l'activité de l'Etat. La double forme sous laquelle se présente l'Etat puissance publique d'une part, personne morale de l'autre, engendre nécessairement une dualité dans la nature des actes qui le manifestent : actes d'autorité d'une part, actes de gestion d'autre part.

Or cette distinction fondamentale de l'Etat et des actes qu'il accomplit est encore générale non seulement parce qu'elle est commune à toutes les législations, mais encore parce qu'elle s'applique dans une même législation à toutes les relations de l'Etat avec les individus, particulièrement en matière de recours, de compétence, de responsabilité.

Un litige a-t-il pour cause un acte de puissance publique ? il n'est pas susceptible d'un recours contentieux de pleine juridiction, mais seulement d'un recours en annulation ou excès de pouvoir (1). A-t-il pour cause un acte de gestion de la personne morale ? il fera l'objet d'un recours contentieux au fond devant les tribunaux judiciaires à moins que la loi ne le renvoie devant les tribunaux administratifs qui auront le droit de le réformer.

La compétence est ainsi toujours administrative dans le premier cas ; dans le second ; elle est judiciaire ou peut être administrative en vertu des textes. C'est d'ailleurs à l'administration à établir ce texte. Il est vrai que fréquemment le tribunal des conflits s'est contenté de se référer au texte général des lois de 1790 et de l'an III.

La responsabilité de la puissance publique est écartée par le droit sauf en des circonstances exceptionnelles ; pas plus l'administrateur qui lèse un droit que le juge qui commet une erreur judiciaire n'engage en principe la responsabilité de

1. LAFERRIÈRE : *op. cit.*, I, p. 486.

l'Etat ; elle est au contraire la règle pour les actes de gestion de la personne morale (1).

La distinction entre la personne morale qui fait des actes de gestion et la puissance publique qui accomplit des actes d'autorité est donc générale et absolue. Elle constitue la base du droit administratif ; elle intervient dans les opérations administratives les plus complexes pour attribuer à l'une ou l'autre matière les actes simples qui en dépendent ; elle s'accuse chaque jour davantage avec les progrès du droit et surtout de la jurisprudence qui par l'admission du recours pour détournement de pouvoir empêche la puissance publique de se mettre au service de la gestion privée. Elle crée ainsi dans le droit administratif deux séries de règles dont les unes sont du domaine du droit public et les autres du domaine du droit privé et elle applique cette distinction à toutes les matières administratives. Voyons donc quelle est son influence sur les théories de la fonction publique.

SECTION III

Application de la doctrine qui oppose la personne morale et la puissance publique, les actes de gestion et les actes d'autorité, à la théorie de la fonction publique.

§ 1^{er}. — *Distinction des fonctionnaires de gestion et des fonctionnaires d'autorité.*

Il est naturel et logique de chercher dans cette théorie fondamentale du droit administratif qui donne la solution de tant de questions complexes et controversées la base de la théorie de la fonction publique.

Nous voyons d'une part des fonctionnaires qui gèrent des

1. LAFERRIÈRE: *op. cit.*, I, p. 484 et s.

1. LAFERRIÈRE: *op. cit.*, II, p. 186 et s.

intérêts. Ces intérêts ne peuvent, avons-nous dit, appartenir qu'à l'Etat personne morale, qui seul a un patrimoine. Quand la personne morale choisit un agent pour gérer ses intérêts, elle fait assurément un acte de gestion, car elle ne peut faire que des actes de cette nature et n'agit d'ailleurs que comme une société privée qui nomme un employé : la relation qui s'établit entre le fonctionnaire de gestion et la personne morale de l'Etat est donc une relation de gestion.

Nous avons, d'autre part, rencontré des fonctionnaires qui commandent aux citoyens. Ils ne sont en relation qu'avec la puissance publique, qui seule est une fonction d'autorité. Quand un organe de l'Etat choisit un agent pour commander aux particuliers, il fait assurément un acte d'autorité puisqu'il n'a que des prérogatives de cette nature ; la relation qui s'établit entre le fonctionnaire d'autorité et la puissance publique est donc un rapport légal de puissance.

Personne morale, acte de gestion, fonctionnaire de gestion correspondent dans le domaine du droit privé à la hiérarchie parallèle de la puissance publique, des actes d'autorité, des fonctionnaires d'autorité dans le cercle du droit public.

Le domaine de la gestion, c'est le domaine des intérêts particuliers ou généraux ; c'est celui de l'égalité de droit entre les parties ; c'est celui du droit privé ; à sa base est le contrat. Les relations de gestion sont des rapports contractuels. De même que les préposés qui gèrent les intérêts de l'Etat, font des contrats avec les particuliers avec lesquels ils entrent en relation ; de même ils passent un acte conventionnel avec l'Etat de qui ils reçoivent cette mission.

Le domaine de la puissance publique, c'est celui des actes de commandement et des rapports de puissance, de subor-

dination, de l'inégalité de droit, c'est celui du droit public : à sa base est l'acte unilatéral.

Les relations de puissance publique sont des rapports unilatéraux de subordination. De même que les agents de la puissance publique imposent leur volonté aux citoyens en tant qu'elle est conforme à la loi, de même les organes supérieurs de l'Etat imposent la leur aux organes inférieurs, sans autre limite que celle de la légalité de l'ordre ; ils sont avec la puissance publique dans un rapport de dépendance et ont un état légal.

Telle est la distinction qui est logique et rationnelle.

Nous l'avions déjà établi par un procédé négatif en montrant dans notre première partie qu'aucune autre conception n'était possible.

Nous en avons maintenant donné la démonstration positive.

Nous l'avons fait par des raisons inductives, en montrant que l'activité de l'administration se partageait entre la gestion et l'autorité, qui étaient aux mains d'agents différents et que de là il fallait conclure à l'existence de deux catégories de fonctionnaires.

Nous avons également obtenu ce résultat par des raisons déductives, en faisant découler de la théorie générale de l'Etat tantôt personne morale, tantôt puissance publique, celle de la fonction publique tantôt fonction de gestion, tantôt fonction d'autorité.

Cette distinction fondamentale est naturelle, nécessaire, souvent absolue.

Elle a été maintes fois signalée par les auteurs sans qu'aucun en ait fait une application générale à la situation de l'ensemble des fonctionnaires administratifs (1).

1. Conseil d'Etat, 13 décembre 1889, S. 92. 3. 21. On lit dans les

Elle est une distinction traditionnelle de notre histoire comme l'a montré l'exposé chronologique des différentes opinions émises sur la fonction publique dans le droit romain et dans notre ancien droit (1).

Il y a donc à la fois, des fonctionnaires d'autorité et des fonctionnaires de gestion.

Les fonctionnaires d'autorité sont les premiers par leur importance et par la place qu'ils occupent dans l'ordre chronologique. Ils remplissent en effet les fonctions essentielles de l'Etat. C'est bien de ceux-là qu'on peut dire, suivant l'expression d'Ulpien, qu'ils intéressent l'existence même de l'Etat (*statum reipublicae*). La fonction primordiale de l'Etat est en effet de procurer l'ordre et la sécurité : il ne

conclusions de M. le commissaire du gouvernement Jagerschmidt : « il y a lieu d'établir une distinction (entre les fonctionnaires) : les uns sont des fonctionnaires dépositaires d'une certaine autorité et l'arrêté de nomination qui la leur confie est un acte de puissance publique ; les seconds au contraire ne sont que des auxiliaires et il n'y a entre eux et l'administration qu'un contrat de louage d'ouvrage. » Cf. PERREAU : *De la responsabilité des fonctionnaires*, 1894 (thèse, Bordeaux), p. 6-7 ; BLUNTSCHLI *La Politique*, Trad. Riedmatten, p. 318 ; SCHMITTHENNER : *Staatsrecht*, p. 503 ; BRÉMOND (*Revue critique*, 1891, p. 22 et 1894, p. 326) ; GAUTIER : (*Revue critique*, 1882, p. 22) ; Conclusions de M. le commissaire du gouvernement CAZALENS devant le tribunal des Conflits, 27 décembre 1879, S. 81. 3. 37. M. HAURIOU *l.c.* n'est pas loin d'admettre notre distinction, quand il écrit : « C'est d'après la nature même des services que l'on devrait pouvoir se prononcer (sur cette question). Il en est certainement qui par eux-mêmes impliquent *autorité* sur le citoyen et par conséquent puissance publique, par exemple le service du recrutement, les services de police, des contributions directes... mais il en est d'autres qui n'impliquent point cette autorité, qui semblent être de simples *gérances* établies pour la commodité des administrés, par exemple le service des postes, des chemins de fer de l'Etat etc. ».

1. GLASSON : *op. cit.*, p. 354 : « De bonne heure on voit à la tête de l'administration locale deux fonctionnaires tout à fait différents

peut le faire que par voie d'autorité. C'est donc par l'exercice de la puissance publique que s'est d'abord manifesté l'Etat. « L'Etat, dit M. Duguit, est né du jour où un ou plusieurs individus ont donné des ordres aux autres membres de la collectivité qui leur ont obéi par suite de la nécessité consciente d'assurer la satisfaction des besoins communs. Du jour où l'Etat est né, sa fonction essentielle a été de donner aux membres du corps social des ordres obéis (1) ».

Cette classe de fonctionnaires correspond à peu près à celle des agents qui étaient autrefois garantis par l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII. En effet la jurisprudence, après avoir limité cette garantie aux fonctionnaires politiques, c'est-à-dire à « ceux qui sont tellement sous la dépendance du gouvernement qu'ils ne peuvent avoir dans l'exercice de leurs fonctions habituelles et journalières d'autre opinion que la sienne, ni tenir une conduite opposée à celle qu'il leur trace (2) » a peu à peu étendu cette notion. Elle exige bientôt seulement que le fonctionnaire « soit dépositaire d'une partie de l'autorité, agisse directement au nom du gouvernement et fasse partie de la puissance publique (3) ». Il suffit plus tard que l'agent « chargé d'une partie de l'autorité, agisse au nom du gouvernement et sous sa direction médiate ou immédiate (4) ». Enfin le seul caractère d'autorité permit de soustraire au droit commun « l'agent désigné

et indépendants l'un de l'autre : le *comes* et le *domesticus*. Le *comes* est chargé de l'administration publique, au *domesticus* est confiée l'administration privée. » Voir ci-dessus : INTRODUCTION : ch. IV, p. 67 et s.

1. DUGUIT : *Des fonctions de l'Etat moderne* (*Revue internationale de Sociologie*, 1894, p. 168).

2. Cass, 26 décembre 1807 (MERLIN : *Répertoire*, v^o *Garantie des fonctionnaires*) ; DUCROCQ : *op. cit.*, 7^e éd., III, p. 335.

3. Cass, 23 juin 1831. D. 31. 1. 247.

4. Cass, 3 mai 1838. D. 38. 1. 462.

par le gouvernement pour exercer une portion quelconque de l'autorité publique (1) ».

Nous classerons donc parmi les fonctionnaires d'autorité sans prétendre donner une énumération limitative :

1° *les fonctionnaires politiques* qui reçoivent leur mission du parti au pouvoir (2) et qui sont, suivant l'expression de la Cour de cassation, « tellement sous la dépendance du gouvernement qu'ils ne peuvent avoir dans l'exercice de leurs fonctions d'autre opinion que la sienne ni tenir une conduite opposée à celle qu'il leur trace » (3) ; tels sont les préfets, sous-préfets, les secrétaires généraux (4), le préfet de police à Paris, les gouverneurs des colonies, les agents diplomatiques, les magistrats des parquets ;

2° *les magistrats de l'ordre judiciaire* qui ont un état légal leur donnant les garanties les plus sérieuses ; ils exercent la puissance publique qui tranche les conflits entre intérêts particuliers ;

3° Enfin tous *les agents de la force publique*, c'est-à-dire « ceux auxquels la loi a confié une puissance coercitive... Et il n'est pas besoin qu'ils exercent actuellement la force coercitive pour être considérés comme tels, il suffit que telle soit leur destination légale » (5).

1. Cass. 7 mai 1846. D. 46. 4. 299. — Il conviendrait cependant d'ajouter un certain nombre d'agents que l'on écartait dans l'application de l'art. 75, parce qu'ils ne peuvent agir que sur la réquisition de l'autorité supérieure tels que les gendarmes (Conseil d'Etat, 24 avril 1885), les gardes-champêtres (Conseil d'Etat 19 novembre 1855 et 11 novembre 1864). Il nous suffit de constater qu'ils exercent la fonction de puissance publique pour les classer dans la présente catégorie.

2. BLUNTSCHLI : *La politique*, p. 318.

3. Cass. 26 décembre 1807. MERLIN : *Rép. v° Garanties des fonctionnaires*.

4. BARBIER : *Code de la presse*, II, n. 648.

5. SEBIRE et CARTERET : *Nouvelle encyclopédie du droit*, T. I, p. 314, (arg. des art. 174, 175, 177 et s., 224 du Code pénal).

On a voulu distinguer entre les dépositaires de l'autorité et les agents de la force publique en refusant à ces derniers la qualité de fonctionnaires ou en leur attribuant celle de bailleurs de services (1). Le code pénal semble parfois admettre cette distinction (2). La jurisprudence n'accordait qu'aux premiers la protection de l'art. 75 de la constitution de l'an VIII (3).

Mais la distinction est subtile ; elle repose sur la qualité des actes accomplis et non sur leur nature même ; qu'il ordonne ou qu'il agisse, c'est toujours au nom de la puissance publique que parle l'agent ; aussi les lois du 17 mai 1819 (art. 16), du 26 mai 1819 (art. 20), comme la loi du 29 juillet 1881 sur la presse, confondent les dépositaires et les agents de l'autorité : il y a identité dans la nature de leurs relations avec l'Etat.

Les fonctionnaires de gestion au contraire n'ont ni *imperium* ni *jurisdictio* (4) : ils ne détiennent aucune portion de la puissance publique ; ils mettent simplement leur temps et leur intelligence au service de l'Etat dans des conditions identiques à celles dans lesquelles le font les employés des particuliers (5). Ce sont tous les fonctionnaires techniques (6) ou, comme les Allemands les appellent, des fonctionnaires de culture (7). Ils n'ont aucun rapport avec la politique ; un gouvernement libéral peut leur permettre de se mêler à la lutte des partis. « N'ayant pas à gouverner, dit

1. BLUNTSCHLI : *Théorie générale de l'Etat*, trad. Riedmatten, p. 453 et s. Ainsi les gendarmes ne seraient pas des fonctionnaires.

2. *C. P.*, liv. III. titre I, § 2.

3. Voir p. 466.

4. BLUNTSCHLI : *La Politique*, p. 318.

5. CAZALENS : *l. c.* ; Cf. PERREAU : *op. cit.*, p. 7.

6. BERTHÉLEMY : *op. cit.* p. 50 et s. Cf. : SCHMITTHENNER : *op. cit.*, p. 503.

7. BLUNTSCHLI : *op. et loc. cit.*

Bluntschli (1), il n'est pas à craindre qu'ils fassent un gouvernement de parti ». Seulement on peut leur défendre d'employer abusivement contre la politique du gouvernement l'influence naturelle que leurs fonctions leur donnent sur leurs subordonnés. Politiquement libres, comme fonctionnaires, ils ont à respecter le gouvernement qui les nomme (2) de même qu'un employé doit respecter son patron et ne rien faire qui puisse lui nuire.

Les fonctionnaires de gestion sont les plus nombreux « et leur nombre, dit M. Perreau, tend à s'accroître tous les jours de plus en plus, l'Etat moderne prenant à sa charge tous les jours de nouveaux services industriels. Ces services, des particuliers pouvaient les rendre, les fonctionnaires ne font rien de plus que les particuliers » (2). Au contraire le nombre des fonctionnaires d'autorité reste presque stationnaire, car les mesures d'autorité à prendre n'ont qu'un champ d'action très limité.

Ces fonctionnaires de gestion sont : les chefs de divisions, de bureaux, les employés des ministères, des préfectures, les secrétaires de mairie (3) ; les ingénieurs et conducteurs des ponts-et-chaussées, agents-voyers, professeurs des trois ordres d'enseignement, employés des postes, des télégraphes, des téléphones, des chemins de fer de l'Etat, les employés des manufactures, etc.

On a refusé à ces derniers la qualité de fonctionnaires ; Bluntschli en fait des valets de l'Etat (*staatsbediente*) quand leur travail est mécanique (4) ; M. Block en fait des employés

1. BLUNTSCHLI : *op. et loc. cit.*

2. PERREAU : *op. cit.*, p. 7.

3. *Controv. Conseil d'Etat*, 9 janvier 1856.

4. BLUNTSCHLI : *Théorie générale de l'Etat*, I, p. 453.

à qui il manque la qualité caractéristique du fonctionnaire, à savoir le caractère d'autorité publique (1).

Nous retrouverons cette théorie dans l'exposé de la théorie générale des fonctionnaires de gestion ; il nous suffit de dire maintenant, pour justifier notre classification, que la disposition de l'autorité fait si peu le caractère du fonctionnaire que M. Block lui-même admet (2) que des citoyens sont parfois dépositaires de l'autorité publique sans être fonctionnaires : tels un chef de service de l'exposition universelle (3), une personne adjointe à une mission scientifique (4), un adjudicataire des droits de place dans les halles et marchés (5), et qu'inversement les chefs de division d'un ministère sont des fonctionnaires, alors qu'en réalité ils n'ont pas la disposition de l'autorité publique.

Il définit d'ailleurs lui-même les fonctionnaires « les personnes qui, à un titre quelconque, détiennent une portion de l'autorité publique ou concourent à la gestion des intérêts généraux » (6). Or la gestion est exclusive de l'exercice de l'autorité publique.

Pour M. Hauriou il n'y aurait pas de fonctions de gestion, mais seulement des fonctions d'autorité parce que dans toute administration il y a de la puissance publique, ne fût-ce que sous la forme de discipline hiérarchique (7) et de juridiction disciplinaire. Ainsi, dit-il, dans l'Instruction publique, la jurisprudence (8) serait fondée à voir l'intervention de

1. BLOCK : *Dictionnaire d'administration française*, v. *fonctionnaire*.

2. BLOCK : *op. et loc. cit.*

3. Riom, 3 août 1876.

4. Paris, 25 avril 1885.

5. Bourges, 23 décembre 1882.

6. BLOCK : *l. c.*

7. Dans BÉQUET : v. *Droit administratif*.

8. Cf. LABAND : *op. cit.*, I, p. 417.

la puissance publique dans l'œuvre des juridictions disciplinaires.

Mais ce rapport d'autorité qui est établi entre les inférieurs et les supérieurs dans la hiérarchie administrative n'est pas un rapport de puissance publique, il n'est créé que pour l'organisation intérieure du service et ne participe en rien à la souveraineté de l'Etat ; il n'est pas différent du rapport disciplinaire existant dans toute administration privée qui compte au moins un maître qui commande et des ouvriers qui obéissent. La discipline des employés du ministère des finances ou des chemins de fer de l'Etat n'est pas différente de celle des employés du Crédit Lyonnais ou de la Compagnie des chemins de fer d'Orléans. Cette discipline et ces juridictions disciplinaires sont si peu spéciales aux services de l'Etat que dans l'exemple cité par M. Hauriou des juridictions disciplinaires de l'enseignement on sait, et M. Hauriou le dit lui-même, qu'elles s'imposent aussi bien à l'enseignement libre qu'à l'enseignement d'Etat. Donc le rapport disciplinaire entre l'Etat et ses professeurs n'est pas différent de celui qui existe entre l'Etat et les professeurs libres, et par conséquent ce rapport, fut-il de puissance, n'est pas caractéristique de la fonction publique puisqu'il s'applique en dehors d'elle (1). L'existence d'une autorité disciplinaire n'empêche donc pas qu'il y ait des fonctions de gestion distinctes des fonctions de puissance publique.

1. Ce ne serait d'ailleurs qu'une forme spéciale de la puissance qu'a l'Etat sur tout sujet (SEYDEL : *op. cit.*, II, p. 189). Une preuve que cette opinion doit être admise est dans ce fait que des auteurs considèrent le droit disciplinaire comme une partie du droit pénal (G. MEYER : *op. cit.*, p. 453-454) et que des législations ont adopté cette conception (C. P. Finlandais du 19 décembre 1889, ch. 40, § 20).

§ 2. — *Cette distinction n'a rien de commun avec celle qu'on a voulu établir entre les fonctionnaires et les employés.*

Notre classification établie, il importe de ne pas la confondre avec des distinctions analogues que l'on rencontre chez beaucoup d'auteurs, mais qui, telles qu'on les présente, sont loin d'avoir la rigueur scientifique du classement qu'on vient d'établir.

On oppose parfois les *fonctionnaires supérieurs* et les *fonctionnaires subalternes* ou encore les *fonctionnaires administratifs* et les *simples employés* en cherchant à donner à cette distinction le caractère de la nôtre, c'est-à-dire en déclarant que les fonctionnaires supérieurs ou les fonctionnaires administratifs sont des fonctionnaires d'autorité tandis que les fonctionnaires subalternes ou les simples employés seraient des fonctionnaires de gestion.

Pour les uns ce serait la disposition de l'autorité publique qui distinguerait les deux catégories. « On a voulu, écrit M. Laferrière (1), distinguer entre les fonctionnaires et les simples employés : les premiers, a-t-on dit, sont dépositaires d'une certaine autorité et l'acte de nomination qui la leur confie est un acte de puissance publique ; les seconds au contraire ne sont que des auxiliaires et il n'y a entre eux et l'administration qu'un contrat de louage d'ouvrage (2) ». C'est la distinction qui a été exposée par MM. Aucoc (3), Cazalens (4), Hauriou (5), Giorgi (6), Posada (7), Meuc-

1. LAFERRIÈRE : *Juridiction administrative*, T. I, p. 620.

2. Cf. BLUNTSCHLI : *op. cit.*, p. 452-453.

3. AUCOC : *Conférences*, I, n° 114 et s., n° 194 et s.

4. Conclusions devant le tribunal des conflits, 27 décembre, 1879, S., 81. 3. 37.

5. HAURIOU : *Précis*, p. 684, en note.

6. GIORGI : *La dottrina*, I, p. 164 ; cf. II, n° 230, p. 458 et s.

7. POSADA : *op. cit.*, I, p. 309.

ci (1), M. Chénon (2) et qu'a parfois acceptée l'administration (3).

D'autres auteurs font résulter cette distinction de la nature des travaux accomplis par les agents ; les fonctionnaires auraient le droit de décision, d'initiative, les employés n'auraient que la préparation ou l'exécution des mesures prises par les fonctionnaires. Ainsi, après Cabantous (4), M. Simonnet écrit : « Parmi les agents administratifs les uns sont des agents directs, les autres des agents auxiliaires. Les uns ont autorité vis-à-vis du public... on les qualifie de fonctionnaires. Les agents auxiliaires ne prennent aucune décision en leur nom propre... Leur seule mission consiste à préparer les décisions prises par les agents directs : on les désigne sous la dénomination générale d'employés » (5). C'est encore cette conception qui fait dire à M. Batbie qu'un chef de division n'est pas un fonctionnaire, mais seulement un employé supérieur (6).

1. MEUCCI : *op. cit.*, I, p. 153.

2. *Cours de droit constitutionnel* professé à la Faculté de droit de Paris 1897-1898 ; l'auteur oppose « les fonctions publiques qui donnent une parcelle de la souveraineté et les emplois publics qui ne confèrent aucun pouvoir de cette nature ».

3. Observations du Ministre de l'Intérieur dans l'affaire Cadot : Conflits 12 janvier 1883. Lebon, 1883, p. 29 : « L'employé n'est pas un fonctionnaire parce qu'il ne détient aucune partie de la puissance publique ».

4. CABANTOUS : *Répétitions écrites sur le droit administratif*, 5^e édit., 1873, n^o 122 : « Les simples employés sans caractère public, sans notoriété officielle préparent le travail des agents directs ; ce sont des agents auxiliaires ». n^o 213 : « Les agents auxiliaires ne sont pas des fonctionnaires, toute fonction publique emportant caractère et responsabilité vis-à-vis du public ». Cependant l'auteur leur reconnaît un caractère officiel (n^o 224).

5. SIMONNET : *Traité de droit public et administratif*, p. 174.

6. BATBIE : *Traité de droit public et administratif*, 2^e édit., 1885, Tome II, p. 479 et s,

Dans une troisième opinion, dont les représentants sont pour la plupart italiens, ce serait la présence nécessaire d'un traitement qui distinguerait le fonctionnaire de l'employé : il peut exister des fonctionnaires sans traitement, il n'y a jamais d'employé d'honneur (1). C'est ainsi que pour M. Massimo Giriodi, « le fonctionnaire public est celui qui exerce une fonction sans égard pour une rétribution ou compensation d'une nature quelconque. L'employé est celui qui loue ses services propres à une administration publique moyennant une rémunération déterminée qui prend le nom de traitement » (2).

La loi suisse adopte encore un autre criterium : elle distingue les employés des fonctionnaires d'après la durée de leur service. Les premiers qui sont en fait, les agents supérieurs, d'après un arrêté du Conseil fédéral du 14 mai 1875 inspiré par la crainte de voir se former une aristocratie bureaucratique, ne sont nommés que pour quatre ans. Les seconds, au contraire, sont nommés pour un temps indéterminé.

Dans une quatrième opinion la distinction des fonctionnaires et des employés apparaît comme une question de degré, d'élévation pour l'agent dans la hiérarchie administrative. Cette opinion résume à peu près toutes les précé-

1. ORLANDO : *Principii di diritto amministrativo*, p. 91. « Est employé quiconque est chargé d'un service de l'Etat moyennant une rétribution à la charge du budget, et qui en outre fait de la prestation de services une profession, y appliquant d'une manière continue son activité physique et intellectuelle en vue de se procurer des moyens de subsistance ». Cf. MEUCCI : *op. cit.*, I, p. 179 ; GIORGI : *op. cit.*, II, n° 230, p. 458.

2. GIRIODI : dans le *Primo trattato completo di diritto amministrativo* d'Orlando, vol. I, p. 228 et s. : *I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa* ; Cf. M. BREMOND : *Revue critique*, 1891. p. 331.

dentes. En effet ce sont généralement les employés supérieurs qui ont l'autorité publique, l'initiative en matière de décision administrative, qui peuvent ne pas avoir de traitement, parce que leur situation est recherchée par suite des honneurs qu'elle confère, qui ont enfin une stabilité moins assurée que celle des employés subalternes. Aussi la plupart des opinions qui viennent d'être rappelées ne se maintiennent pas très strictement dans la classification qu'elles se sont fixée, et peuvent se ramener à la distinction des agents supérieurs et des agents subalternes (1).

M. Hauriou revient à un criterium juridique qui n'a rien de commun avec les théories précédentes : il classe d'un côté « le fonctionnaire qui a un état, c'est-à-dire des garanties contre la révocation et le déplacement » d'autre part « le simple employé sans garantie, révocable et amovible à merci » (2).

M. Hauriou pense que cette « distinction entre les fonctionnaires proprement dits et les employés est la seule qui ait quelque réalité juridique » (3).

Elle a d'ailleurs « le mérite de correspondre assez exactement à celle que font les mœurs et l'opinion publique : les fonctionnaires sont plus considérés que les employés, par suite de l'importance sociale plus grande de leurs fonc-

1. Voyez cet idée chez CABANTOUS : *op. et loc. cit.* ; SIMONNET : *op. et loc. cit.* ; AUCOC : *op. et loc. cit.* La question se résout de même en Allemagne ; GERBER : *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, p. 115 ; MAURENBRECHER : *Grundsätze*, § 160, p. 281 ; SCHMITTHENNER : *Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechts*. Giessen, 1845, § 152, p. 502-503 ; H. SCHULZE : *Preussisches Staatsrechts*, I, § 98. p. 306 ; H. A. ZACCHARIÆ : *Deutsches Staats-und Bundesrecht*, II, § 133 p. 19 ; E. MICELI : *La gaurentigie dei funzionari pubblici*, 1897, p. 9.

2. HAURIOU : *Précis*, p. 684 en note.

3. HAURIOU : *Précis*, p. 684 en note.

tions et des honneurs plus brillants qu'ils reçoivent » (1).

Enfin ajoute l'auteur, « cette distinction correspond peut-être à celle très flottante des fonctionnaires qui ne peuvent user de la loi de 1884 pour se syndiquer et des employés dont au contraire les syndicats sont tolérés ; la fonction sociale remplie par les simples employés est trop peu importante pour que la liberté syndicale soit dangereuse entre leurs mains » (2).

Critique. — Cette distinction des fonctionnaires en fonctionnaires proprement dits et employés, en agents supérieurs et en agents subalternes, en employés qui ont un état et employés qui n'en ont pas, ne peut correspondre à la théorie que nous avons établie.

D'abord elle manque généralement de précision, ainsi que le remarque M. Hauriou, « dans le tableau général des fonctionnaires il est impossible d'établir une ligne de démarcation au-dessus de laquelle il n'y ait que des fonctionnaires et au-dessous de laquelle il n'y ait que des employés ».

De plus elle contient fréquemment une erreur juridique.

On ne peut distinguer les employés des fonctionnaires d'après ce fait que ces derniers ont seuls l'autorité publique ; nous avons établi au contraire, que tous les agents de gestion jouissent de la qualité de fonctionnaire et cependant n'ont pas l'exercice de la puissance publique.

Il est également impossible de faire de cette distinction une question de degré d'élévation dans la hiérarchie administrative, puisqu'il faudrait, dans cette théorie, donner la qualité de fonctionnaire au garde-champêtre et la refuser au chef de division d'un ministère (3). Or la fonction

1. *L. c.*

2. HAURIOU : *op. cit.*, p. 685.

2. HAURIOU : *op. cit.*) p. 684, en note.

3. M. BATBIE : *op. et loc. cit.*

sociale du second a une importance bien plus considérable que celle du premier.

Le même argument nous permet de repousser le criterium tiré du droit de décision propre. Tout agent de la force publique qui dresse un procès-verbal a une initiative plus considérable que le chef de bureau qui ne fait que préparer les décisions soumises à la signature du ministre ou transmet les ordres de son chef hiérarchique à des employés subalternes.

Qu'on ne dise pas que l'employé supérieur a la puissance publique, le droit propre de décision par ce fait qu'il a un droit de commandement, un droit de contrôle sur ses subordonnés. Ce droit disciplinaire créé par la hiérarchie, par les règlements intérieurs, par les instructions générales émanant des chefs de service sont obligatoires pour les inférieurs soumis à l'obéissance hiérarchique, mais ne sont pas nécessairement des ordres de puissance publique et ne diffèrent pas des règles identiques établies dans les administrations privées de quelque importance, comme celles d'une compagnie de chemins de fer, ou d'une société financière. Or le droit privé ne distingue pas au point de vue de ses relations avec la société entre un chef de bureau du Crédit Lyonnais et un comptable de la même société; tous deux sont des bailleurs de services. Il en est de même en droit administratif: l'ingénieur qui est à la tête d'une manufacture de tabac n'est pas vis-à-vis de l'Etat dans une autre situation que l'ouvrier qui broie les feuilles de la plante (1). L'un et l'autre font des actes qui « ne cesseront pas malgré leur forme impérative, d'être des actes de gestion. Ils ne perdront ce caractère que s'ils ont pour objet de maintenir les droits de souveraineté qui appartiennent à l'Etat » (2).

1. PERREAU : *op. et loc. cit.*

2. M. MICHOD : *De la responsabilité de l'Etat à raison des*

Faut-il accepter la théorie italienne qui prend le traitement pour point de départ de sa distinction ?

Si tout individu qui exerce une fonction est un fonctionnaire⁽¹⁾, si quiconque reçoit un traitement pour un service public est un employé dès qu'il reçoit un traitement » (2), « tout fonctionnaire devient employé dès qu'il reçoit un traitement » (3); alors les deux qualités se superposent, il n'y a plus de distinction.

Ou bien si on veut donner quelque sens à cette distinction, on dit que le traitement reste une relation d'emploi c'est-à-dire de droit privé et la fonction demeure une relation de droit public. Or nous avons montré que cette théorie devait être repoussée (4).

La seule théorie qui ait en effet une base juridique est celle de M. Hauriou.

Et cependant il nous semble difficile de l'accepter. L'éminent professeur accorde aux seuls titulaires d'un état légal¹ la qualité de fonctionnaire. Or il est manifeste que, si on emploie cette expression dans un sens restreint, elle ne s'applique qu'à un nombre très minime de fonctionnaires. Ils sont, en effet, très peu nombreux les agents à qui la loi accorde des garanties spéciales : quand on a cité les juges, les professeurs, les officiers, qu'on dit « inamovibles », quand on leur a ajouté les ingénieurs des ponts et chaussées, des mines, les agents supérieurs des finances, qui ont des garanties cependant inférieures, on est bien près de les avoir tous énumérés. Si au contraire, on emploie l'expression dans un sens large alors, comme nous l'avons vu, tous les fonction-

fautes de ses agents (Revue du droit public et de la science politique, 1895, II, p. 17).

1. MEUCCI : *op. cit.*, I, p. 179; GIRIODI : *l. c.*, p. 228.

2. GIRIODI : *l. c.*; Cf. BRÉMOND : *Revue critique*, 1891, p. 131.

3. MEUCCI : *op. et loc. cit.*; GIRIODI : *l. c.*

4. Voir ci-dessous p. 379 et s.

naires d'autorité ont un état légal, car tous sont révocables au gré du ministre, pourvu que celui-ci se conforme à la loi qui établit des garanties plus ou moins étendues.

M. Hauriou¹ dit lui-même qu'entre le fonctionnaire qui a un état (*stricto sensu*) et l'employé qui n'en a pas, « entre ces deux types extrêmes, il y a une foule de situations intermédiaires » (1). Cette distinction n'a donc rien de la netteté de contours qui peut faire la force d'une théorie juridique.

La jurisprudence l'a désormais définitivement écartée. Admettant aujourd'hui qu'une collation de fonction est un acte de puissance publique, elle donne le même caractère aux nominations d'employés. « L'on ne peut penser, dit M. Brémont, à faire une distinction entre les employés et les fonctionnaires publics, car la loi met les collations d'emplois sur la même ligne que les collations de fonctions; elle ne voit dans ces deux catégories que des actes de même nature » (2).

D'ailleurs cette distinction ne répond pas au but qu'on se propose et ne résout pas la difficulté pratique devant laquelle on se trouve.

En présence de situations diverses, dont les unes sont évidemment de droit privé, dont les autres sont manifestement de droit public, nous cherchons un criterium qui nous permette de classer dans l'une ou l'autre catégorie les situations devant lesquelles nous nous trouvons. Or, pour M. Hauriou toutes ces situations sont de droit public ou au moins

1. HAURIOU : *op. cit.*, p. 684.

2. M. BRÉMOND : *Revue critique*, 1891, p. 131 ; cf. LAFERRIÈRE : *op. cit.*, 2^e édit., I, p. 620 : « Elle (la jurisprudence) a reconnu que les collations d'emploi sont des actes administratifs comme les collations de fonctions ». Aix, 8 août 1878, 10 décembre 1878 ; Nîmes, 24 février 1879 ; Conflits, 27 décembre 1879 ; Cassation, 7 juillet 1879, 7 août 1880.

du droit mixte de la gestion administrative. Cependant il accorde à certains de ces agents la liberté syndicale, c'est reconnaître que ceux-là ne sont pas soumis à un rapport spécial de dépendance envers la puissance publique qui ne permet pas de discuter ses ordres ; ils n'ont de relations qu'avec l'Etat patron, l'Etat personne morale, avec lequel ils sont dans un lieu de droit privé !

La distinction rationnelle que nous cherchons entre employés et fonctionnaires n'a donc plus d'autre sens que celle d'agents ayant avec l'Etat des rapports de droit public et d'agents ayant avec lui des rapports de droit privé : c'est celle que nous avons établie en opposant les fonctionnaires d'autorité et les fonctionnaires de gestion.

En réalité, parfois notre classification correspondra avec les précédentes parce que souvent ce sont les fonctionnaires d'autorité qui ont le droit de décision propre, d'initiative, qui ont le plus de distinctions honorifiques, mais nous avons constaté qu'elle pouvait être aussi en opposition avec elles.

Notre distinction ne repose pas sur une base arbitraire et incertaine, sur des considérations d'opinion publique ; elle n'est pas une question de degré, car la souveraineté n'a pas de degrés (1), elle est fondée sur la distinction fondamentale de la gestion et de la puissance publique ; elle résout la difficulté juridique qui était de classer les fonctionnaires dans deux régimes différents, l'un de droit public, l'autre de droit privé.

§ 3. — *Conséquence de notre distinction.*

Nous avons rattaché la question de la nature juridique de la fonction publique à celle de la nature même de l'Etat

1. Voir plus haut p. 450.

à laquelle elle est étroitement liée, comme le fonctionnaire l'est lui-même au groupe politique. Nous avons ainsi partagé les relations de l'Etat avec les fonctionnaires entre deux domaines juridiques.

D'une part en droit privé, l'Etat à des intérêts spéciaux, distincts, il devient titulaire de droits, c'est-à-dire personne morale. L'Etat personne morale n'a que des intérêts à gérer. Pour ce faire, il entre en relations avec d'autres personnes sur un pied de parfaite égalité. Il accomplit des actes de gestion c'est-à-dire passe des contrats. L'un deux, c'est celui de fonction publique, par lequel il confie précisément la gestion de ses intérêts à des particuliers. Ceux-ci sont des personnes juridiques distinctes et indépendantes de celle de l'Etat : le contrat qu'ils font avec lui est identique à celui qu'ils passeraient avec un particulier, parce que son objet est d'ordre privé ; ils deviennent ses *représentants* ou ses *représentés*.

D'autre part, en droit public, l'Etat n'a plus d'intérêts, n'a plus de droits, car la puissance publique n'est pas un intérêt, un objet de droits ; l'Etat est un rôle, la puissance une fonction ; celle-ci devient l'attribut de ceux qui sont désignés pour l'exercer et à qui elle donne un état légal ; le choix est lui-même l'exercice d'une fonction de puissance publique ; l'individu choisi pour cet exercice est un *organe* de la souveraineté.

En effet les fonctionnaires de gestion n'expriment pas la volonté générale ; ils la représentent comme un tuteur représente son pupille ; mais la volonté du représentant ne se confond pas avec celle du représenté, car le représenté a une personnalité différente, c'est-à-dire des intérêts distincts de ceux du représentant. Le fonctionnaire d'autorité au contraire ne gère pas des intérêts distincts de ceux de chaque administré ; il exprime la volonté générale en se

confondant avec elle, car il la constitue, il veut pour elle, au même titre que l'électeur et le député. A la différence du tuteur vis-à-vis du pupille, c'est sa volonté personnelle qui est la volonté et légale et réelle de l'Etat : « L'organe chargé de vouloir, dit Jellinek, ne représente pas la communauté à la façon dont l'incapable est représenté. Il est la communauté elle-même voulant. Représentant et représenté sont deux personnes différentes ; groupement et organe ne s'opposent pas comme deux éléments autonomes, mais l'organe est partie intégrante de l'unité. Derrière le préposé il y a un individu ; il n'y a rien derrière l'organe » (1).

Il nous reste maintenant à déterminer : 1° quelle est le caractère de la fonction de l'organe, comment il participe à l'exercice de la souveraineté ; 2° quelle est la nature du contrat du préposé ; la théorie générale de la fonction d'autorité et celle de la fonction de gestion feront l'objet des deux chapitres suivants.

1. JELLINEK : *op. cit.*, p. 28-29 ; Cf. p. 213 : « Les organes de l'Etat ne sont pas des représentants, car le rapport de représentation suppose deux personnes, un représenté et un représentant. La volonté de l'organe au contraire, c'est la volonté de l'Etat. Derrière l'organe il n'y a personne, c'est l'Etat lui-même voulant ; si on supprime l'organe la volonté elle-même disparaît ». Cf. HAURIOU : *op. cit.*, p. 328-329 ; CAPITANT : *Introduction du droit civil*, p. 153 ; MICHOUX : *l. c.*, p. 419 ; WORMS : *La liberté d'association*, p. 381 ; POSADA : *Tratado de derecho político*, I, p. 173 ; GIERKE : *Genossenschaftstheorie*, p. 615 ; GAREIS : *Staatsrecht*, p. 32 ; JELLINEK : *System*, p. 28 et s., 213 et s.

CHAPITRE II

THÉORIE GÉNÉRALE DE LA FONCTION PUBLIQUE D'AUTORITÉ

Nous avons établi que la fonction de puissance publique n'était pas soumise à un régime contractuel mais qu'elle constituait un état légal pour le fonctionnaire.

Nous avons montré d'autre part que la fonction ne devenait pas pour le fonctionnaire un droit, qu'elle n'était qu'un rôle qu'il joue sur la scène politique, qu'une attribution pour laquelle il est désigné directement ou indirectement par les autres membres de l'association étatique, parce que la puissance publique ne constitue pas un *intérêt*, base du droit.

« La fonction publique, dit Giriodi, n'est pas un droit subjectif du fonctionnaire mais seulement le moyen pour pouvoir satisfaire à un mandat d'intérêt général » (1).

Il s'agit pour nous maintenant d'analyser cet état légal et de chercher le caractère du pouvoir exercé par l'agent de la puissance publique.

Nous examinerons donc successivement :

1° Quelle est la *nature* de la fonction qu'il remplit, de quelle autorité il reçoit le pouvoir que lui confère la nomination, à quel titre il l'exerce, en un mot, s'il est un délégué ou un organe de la souveraineté ;

1. GIRIODI : dans l'*Orlando* : *op. cit.*, I, p. 226.

2^o Quel est l'objet de la fonction, c'est-à-dire en quoi le fonctionnaire participe-t-il à la souveraineté, à son exercice ou à son expression ;

3^o Quels sont enfin les garanties de droit qui constituent son état légal.

SECTION I

Nature de la fonction d'autorité ; est-ce un pouvoir propre ou un pouvoir délégué ?

§ 1. — *Les deux conceptions traditionnelles.*

« Il y eut jadis, dit Loyseau (1), une mémorable dispute entre ces deux célèbres docteurs de droit Lothaire et Azon, sçavoir si le commandement était propre aux magistrats, Azon soutenant que si, et Lothaire qu'enon. Sur quoy ayant gagé un cheval, l'empereur Henry IV qu'ils avaient choisi pour juger de leur gageure donna gain de cause à Lothaire et lui adjugea le cheval. Et toutefois Azon ne se tint pas pour vaincu tout à fait, ains feint tellement esclater ses moyens de resqueste civile contre l'arrêt de l'Empereur qu'ils furent approuvés par tous les docteurs de son siècle, si qu'ils en firent un commun dire que *Lotharius equum habuerat sed Azo æquum* ».

La question cependant n'a pas été définitivement résolue. La plupart des auteurs ont défendu la théorie d'Azon (2), tandis qu'Alciat (3) et Dumoulin (4), ont partagé l'opinion de Lothaire.

Aujourd'hui, on considère généralement en Allemagne

1. LOYSEAU : *Des offices*, liv. II, ch. I, § 1, p. 184.

2. LOYSEAU : *op. cit.*, n^o 21, p. 186 ; CUJAS : *Observations*, liv. 21, ch. 30 ; FABER : *Sur la loi*, VII, *De reg. jur.*

3. ALCIAT : *Paradoxes*, liv. II, ch. VI.

4. DUMOULIN : Sous l'a. 1^{er} de la coutume. Glo. 5, n^o 58.

la fonction comme un droit subjectif (1), et la législation s'est faite l'écho de cette théorie en donnant aux droits du fonctionnaire une protection juridique effective (2). En France au contraire des auteurs persistent à penser qu'ils n'exercent les mêmes pouvoirs que par une délégation de la souveraineté et la jurisprudence prête parfois à cette théorie l'appui de son autorité. Ces deux interprétations semblent singulières et le contraire paraîtrait plus logique dans l'un et l'autre pays. On a vu en effet qu'en France la puissance publique n'est pas considérée généralement comme une personne, par suite il semble logique de ne pas en faire un titulaire des *droits* de souveraineté, mais d'attribuer ces *fonctions* aux personnes qui les exercent en réalité. Au contraire en Allemagne, où la théorie commune la personnifie, il semble que, d'après cette opinion, des droits propres devraient appartenir à l'Etat souverain, dont les fonctionnaires ne seraient que des délégués. Mais cette contradiction s'explique par ce fait qu'en France, bien plus qu'en Allemagne, le pouvoir législatif tend à accaparer la puissance publique tout entière et que le gouvernement garde par devers lui avec un soin jaloux toutes les parcelles de l'autorité qu'il centralise. Le pouvoir législatif vis-à-vis du gouvernement, le gouvernement vis-à-vis du fonctionnaire veulent s'attribuer tous les droits que peut avoir un déléguant vis-à-vis de son délégué. Aussi y a-t-il chez nous une tendance très marquée à considérer le rôle d'autorité du fonctionnaire comme une fonction qui n'est point née dans sa personne et qu'il n'est pas libre d'exercer à son gré, mais comme une

1. JELLINEK : *System*, p. 200 et s. Cf. HAURIU : *De la personnalité comme élément de la réalité sociale* (*Revue générale du droit*, 1898, p. 1 et 119).

2. V. loi 31 mars 1873 (KAMMERER : *La fonction publique en Allemagne*).

attribution qu'il tient du pouvoir central lequel lui impose sa volonté dans l'action administrative.

C'est que notre organisation administrative actuelle date du premier empire malgré les modifications profondes qu'elle a subies et les essais nombreux de décentralisation qu'on a tentés : les nominations, révocations, suspensions des fonctionnaires départementaux par l'autorité gouvernementale, les désignations et les révocations des agents communaux par l'autorité départementale, le contrôle des administrations régionales et locales par le pouvoir central, la dissolution des conseils locaux ou régionaux par le gouvernement, l'annulation de certaines de leurs décisions, l'autorisation de l'administration supérieure pour d'autres actes, la substitution de la volonté de celle-ci à celle de l'administration, sont autant de manifestations de cette tendance à considérer le pouvoir des agents locaux comme une délégation de celui du gouvernement central.

Examinons donc d'abord la question, au point de vue théorique, avant de voir comment on a appliqué les principes.

Le fonctionnaire d'autorité a-t-il un pouvoir propre ou un pouvoir délégué quand il exerce la puissance publique ?

§ 2. — *Caractère du pouvoir propre.*

Il faut d'abord s'entendre sur le sens que l'on donne aux expressions pouvoir propre et pouvoir délégué.

1^{er} CRITÉRIUM. — Pour certains auteurs, le pouvoir propre serait un pouvoir dont on ne peut-être dépouillé. Il est évident que, dans l'état actuel de notre législation et de notre jurisprudence, on ne saurait alors accorder au fonctionnaire un droit propre de souveraineté, car il peut toujours

être privé de sa fonction par une révocation. Mais la définition est inexacte, car elle ne saurait s'appliquer à aucun droit, même le plus personnel et le plus propre qu'on puisse imaginer. Ainsi la propriété est un droit propre, c'est même le type du droit de cette nature et cependant on peut en être dépouillé par l'expropriation. Les droits de puissance paternelle sont essentiellement propres au père de l'enfant, et cependant celui-ci peut en être déchu d'après la loi de 1889 (1).

2° CRITÉRIUM. — Pour Laband (2), le pouvoir propre est celui qui naît dans la personne de celui qui l'exerce, tandis qu'on tient le pouvoir délégué d'une autre personne qui vous l'a confié. Dans cette théorie, le fonctionnaire, ne tirant pas de lui-même l'exercice de la fonction publique, n'a pas une fonction propre.

Mais Laband en fait une application contradictoire quand précisément il donne des droits propres à l'Etat ; c'est au contraire l'individu qui a délégué ses droits à l'Etat (3).

On en tirerait une conséquence aussi inexacte en disant que le fonctionnaire a un pouvoir propre, car, au point de vue historique, ce groupe a existé avant le fonctionnaire, et au point de vue analytique, c'est par des délégations soit directes, quand le citoyen élit le fonctionnaire, soit indirectes et successives, quand le choix du fonctionnaire a lieu par

1. Il pourra nous arriver d'employer fréquemment dans l'exposé des diverses théories qui suivent l'expression de « droit » au lieu de « pouvoir ». C'est que la plupart des auteurs basant le droit sur la *volonté* confondent le *droit* et le *pouvoir*, le *droit* et la *fonction*. Tout ce qu'ils disent du droit nous l'appliquerons à la fonction, et si nous employons le mot *droit*, ce n'est pas que nous abandonnions notre théorie sur la *fonction* de puissance publique.

2. LABAND : *Deutsches Staatsrecht*, p. 107.

3. M. LARNAUDE : à son cours.

des autorités elles-mêmes choisies par d'autres et ainsi de suite jusqu'à ce qu'on remonte à l'élection par le citoyen, que la fonction publique a été conférée. Le fonctionnaire aurait donc encore dans cette théorie un droit délégué.

Mais cette théorie est trop restrictive des droits des personnes morales et même des personnes physiques. Elle n'expliquerait pas en effet comment, en droit privé, des personnes civiles ont des droits qui leur sont propres parce qu'elles ont des intérêts propres distincts des droits de leurs membres. Elle ne rend [pas compte [davantage de nombreux droits de l'individu, droits dérivés et cependant propres. Il y a en effet très peu de modes originaux d'acquiescer des droits, il n'y a guère que des modes dérivés ; et encore ceux-là dans presque tous les cas sont-ils les seuls générateurs de droits. Il n'est pas jusqu'à la propriété, le type cependant des droits propres, qui ne trouverait une explication complète dans cette théorie, puisque l'occupation, l'accession ne sont que des exemples bien rares d'acquisition. Même le droit de vote du citoyen est-il un droit propre ? C'est douteux puisque le citoyen ne l'exerce qu'en vertu de la constitution et conformément à la loi électorale qui restreint ou étend cette fonction.

3^e CRITERIUM. — Dans une formule catégorique, Jellinek définit le pouvoir propre « un droit incontrôlable (1) ». Selon lui, on peut être obligé juridiquement de deux manières : par sa propre volonté ou par une volonté étrangère (2). L'individu, le sujet de l'Etat est obligé exclusivement dans toutes ses actions par la volonté de l'Etat, car la puissance publique seule attache une sanction à son acte ; il est donc

1. JELLINEK : *Staatenverbindungen*, p. 31 ; Cf. COURCELLES-SENEUIL : *La Société moderne*, p. 123.

2. JELLINEK : *op. cit.*, p. 31-32.

obligé par une volonté étrangère. La puissance publique au contraire ne peut être obligée exclusivement que par sa propre volonté (1). Donc, pour Jellinek, seul l'Etat aurait des pouvoirs propres, l'individu n'aurait que des pouvoirs délégués, et cela non seulement comme administrateur mais encore comme administré, comme citoyen.

Le fonctionnaire en effet n'agit en toute circonstance que sous le contrôle direct et immédiat de la puissance publique.

Mais ces deux propositions fondamentales de la théorie de Jellinek doivent être rejetées.

D'une part, il affirme que l'individu ne peut être obligé exclusivement que par la volonté de l'Etat. Cela ne veut pas dire que la volonté de l'individu n'entre pas dans la formation d'une obligation qu'il contracte, ce serait une absurdité dont l'auteur se défend, mais il veut dire que c'est le droit, c'est-à-dire « la volonté de l'Etat qui donne aux actions de l'individu une portée et des conséquences de droit » (2).

Or cette thèse est une erreur juridique. Elle revient à dire que le droit objectif fait le droit subjectif, en d'autres termes que la sanction fait le droit (3). Cette confusion est depuis longtemps condamnée (4).

Sans doute l'Etat peut créer une obligation unilatérale liant un sujet ; nous avons reconnu nous-mêmes qu'il en était ainsi pour les fonctionnaires d'autorité, mais il n'y a pas que lui qui puisse le faire ; est-ce que les fonctionnaires du département, de la commune, par leurs arrêtés préfec-

1. JELLINEK : *op. cit.*, p. 34.

2. JELLINEK : *op. cit.* et *loc. cit.*

3. Au fond cette théorie est un mode nouveau de négation du droit naturel.

4. M. LARNAUDE : à son cours.

toraux ou municipaux, n'imposent pas des obligations sanctionnées par les lois de l'Etat ? Est-ce que toute association n'impose pas des liens de droit à ses associés, liens sanctionnés par une discipline intérieure ? L'Etat n'a pas seul le pouvoir de fixer le droit ; chaque collectivité établit en son nom propre et dans les limites de sa compétence des règles de droit obligatoires pour ses ressortissants.

Souvent aussi le sujet reste libre de se lier par telle obligation. On ne peut nier cette existence de l'élément facultatif de la loi qui laisse la personne libre de se mettre ou non en état d'obligation d'accepter ou non une fonction publique.

Même en toute matière, en matière contractuelle par exemple, on est obligé en réalité non par le droit objectif mais par sa propre volonté. Sans doute le droit objectif vient sanctionner cette volonté ; c'est même en vue d'arriver à ce droit objectif qu'on s'est engagé, mais si le droit objectif est le but final de l'obligation, la cause en demeure toujours subjective : elle réside dans la volonté de l'individu.

D'autre part, la seconde idée fondamentale de Jellinek est que « l'Etat souverain ne peut-être obligé exclusivement que par sa propre volonté (1) ». Pour voir si on est dans un rapport de sujétion vis-à-vis de l'Etat, il faut examiner si on est en situation de pouvoir créer le droit par sa propre volonté. Il y a identité entre le droit propre de créer le Droit et la possibilité d'être obligé par la volonté.

Mais c'est là de la part de l'auteur une affirmation gratuite ; il ne démontre pas cette identité, ce qui est la question. D'ailleurs elle n'existe pas : nous avons déjà montré que des agents de l'autorité peuvent établir par un

1. *Op. cit.*, p. 34.

droit propre de décision des règles obligatoires soumises au contrôle du pouvoir central, que des collectivités inférieures soumises au contrôle propre de l'Etat peuvent cependant établir elles-mêmes des règles obligatoires pour leurs membres. Qu'on n'objecte pas que c'est toujours l'Etat qui oblige médiatement les individus par l'intermédiaire de ces fonctionnaires, de ces collectivités qui sont sous sa tutelle, et qui, par conséquent, n'ont pas un droit incontrôlable, un pouvoir propre ; sans doute l'arrêté préfectoral ou municipal peut être cassé par l'autorité supérieure dans certains cas, mais cela ne fait pas que le fonctionnaire contrôlé par l'Etat n'ait pas un droit propre.

Ou bien en effet le fonctionnaire dépasse les limites de sa compétence, commet un abus ou un excès de pouvoir et la puissance souveraine intervient pour l'y faire rentrer, exerçant ainsi son droit de contrôle ; il en est de même si, tout en restant dans le cercle de sa compétence, le fonctionnaire viole une des règles établies par la constitution de l'Etat ; ou bien le fonctionnaire agit dans la limite de ses attributions et conformément à la loi : alors l'Etat n'interviendra pas, non parce qu'il n'a pas un droit de contrôle, mais parce que les règles du droit ont été respectées et qu'il ne doit pas intervenir sous peine de se mettre en contradiction avec lui-même qui a fixé ce droit. Il n'y a de Droit qu'à cette condition.

Le contrôle, comme l'entend Jellinek, ne serait qu'un pouvoir arbitraire exercé selon les fantaisies et les caprices politiques des ministres. Au contraire, comme nous l'entendons, ce n'est que l'exercice du pouvoir hiérarchique et la stricte interprétation des règles posées par notre droit administratif.

Le droit de contrôle de la puissance publique sur le

fonctionnaire peut s'exercer directement ou indirectement (1).

Il s'exerce directement quand le fonctionnaire ayant l'initiative d'une décision, sans avoir recours à l'autorité supérieure, est obligé par les règlements de communiquer la décision qu'il a prise au gouvernement pour que celui-ci puisse l'annuler si elle est contraire à la loi ou à l'intérêt supérieur de l'Etat. Le contrôle direct s'exerce même quand il s'agit de mesures concernant seulement un département ou une commune. Parfois même, pour faciliter ce contrôle, le gouvernement exige que le fonctionnaire obtienne son approbation avant de rendre la décision : il en est ainsi pour certaines concessions de terre aux colonies. C'est même souvent la règle pour les actes d'intérêt public.

Ce contrôle est exercé indirectement par l'administration supérieure sur l'administration inférieure et par la juridiction administrative sur l'administration active, grâce au recours hiérarchique ou gracieux du ministre, grâce surtout à la juridiction contentieuse du conseil d'Etat, et en général à toutes les garanties des droits individuels contre les actes des fonctionnaires.

Ce contrôle n'a donc rien d'arbitraire; il n'y a pas identité entre le pouvoir de créer le droit et le fait d'avoir des fonctions propres : un pouvoir propre peut être contrôlé (2).

Ainsi, au sens de Jellinek, le fonctionnaire n'aurait pas un pouvoir propre; mais sa définition du pouvoir propre est inexacte.

1. BERTHÉLEMY : *Droit administratif*, p. 80.

2. BLUNTSCHLI : *L'Etat moderne*, I, p. 575 ; GIERKE : *op. cit.*, édit. 1883, p. 69.

4^e CRITÉRIUM. — Dans une quatrième théorie le pouvoir propre est le rôle que remplit un individu quelconque, quand il l'exerce en qualité de titulaire (1). Le pouvoir délégué est au contraire celui qui appartient à un sujet autre que celui qui l'exerce. « Ces deux notions, dit Rosin (2), correspondent au sens littéral des mots ». Ainsi tout droit est propre pour le sujet auquel il appartient, il n'y a de droit délégué que le droit appartenant à un autre sujet que celui qui l'exerce, celui-ci l'exerçant par représentation ou délégation du titulaire.

En effet « le droit, dit-il est la liberté de vouloir dans un intérêt propre accordé par la loi (3). Le droit propre pour une personne est donc tout intérêt dont elle est le sujet. L'opposé d'un droit propre, c'est un droit étranger. Une personne ne peut exercer qu'un droit propre ou un droit étranger. Quand une personne exerce un *droit* étranger, on dit qu'elle l'exerce par *représentation*; quand elle exerce un *pouvoir* qui appartient à un autre individu, on dit qu'elle agit par *délégation* ».

La délégation est donc, comme le dit Loyseau, en droit public ce que la procuration est en droit privé : elle implique une représentation (4).

On l'a contesté. Ainsi lord Brougham oppose le gouvernement par délégation au gouvernement par représentation (5). M. Esmein fait de la fonction législative une « délégation spéciale » qui n'est pas une représentation parce

1. M. LARNAUDE : à son cours ; HAENEL : *Deutsches Staatsrecht*, I, p. 798 et s. ; GIERKE : (*Jahrbücher für Gesetzgebung*, 1883, p. 67 et s. ; BOREL : *La souveraineté et l'Etat fédératif*, p. 85.

2. ROSIN : *Souverænetæt*, p. 15 (Extrait des *Annalen des deutschen Reiches*, 1883).

3. ROSIN : *op. cit.*, p. 16.

4. LOYSEAU : *Des offices*, liv. IV, ch. V, § 39, p. 461.

5. LORD BROUGHAM : *The British Constitution*, ch. III.

que la prohibition du mandat impératif, de la révocation, du referendum exclut cette relation juridique entre l'électeur et le député (1). Mais précisément, parce qu'elle est spéciale, cette délégation n'en est pas une dans le sens strict du mot et notre éminent maître M. Esmein a montré que cette fonction législative ne pouvait faire l'objet d'une délégation, qui serait inconstitutionnelle dans le régime français (2).

« Ce pouvoir représentatif ou délégué, ajoute Rosin, peut en outre appartenir en propre à une personne sans qu'il doive pour cela être confondu avec le droit exercé par représentation ou délégation ». En ce sens tout individu a des pouvoirs propres, c'est-à-dire des pouvoirs qui lui appartiennent, dont il est le sujet, qu'il exerce en son nom propre et non comme mandataire ou délégué de l'Etat ou de l'électeur (3). D'autre part, tout individu peut avoir des fonctions déléguées dans la famille, dans la commune, le département et l'Etat.

Tel est le criterium que nous croyons devoir adopter.

§ 3. *Adaptation à la théorie de la fonction d'autorité.*

A laquelle de ces deux catégories appartient le pouvoir de puissance publique dont dispose le fonctionnaire d'autorité ?

Remarquons d'abord qu'il ne s'agit pas ici de droits proprement dits, car nous avons montré qu'il n'y pas de droits de

1. M. ESMEIN: *Deux formes de gouvernement (Revue du droit public et de la science politique, 1894, p. 15 et s., spécialement p. 15).*

2. M. ESMEIN: *De la délégation du pouvoir législatif (Revue politique et parlementaire, 1894, 1, 200).*

3. JELLINEK le reconnaît dans un ouvrage plus récent: *Gesetz und Verordnung*, p. 201.

puissance publique parce que ceux-ci ne constituent pas des intérêts et que l'intérêt est la base du droit : le rôle que joue le fonctionnaire est donc une attribution ou mieux une fonction, mais non un droit puisque personne ne peut avoir de droits sur la puissance publique. Etudier la fonction d'autorité du fonctionnaire, c'est donc chercher quelle est la nature du *pouvoir* qu'il exerce (1).

Examinons donc la question au point de vue théorique et en dehors de toute préoccupation législative, en nous plaçant toutefois dans l'hypothèse d'un pays qui possède une constitution rigide organisant les pouvoirs de l'Etat.

Chaque pouvoir tire son existence de la Constitution et chaque fonctionnaire le tient de la loi qui a organisé directement son service. Le titulaire de chaque fonction n'en a, nous le verrons, que l'exercice et non la disposition. Par cela même que la Constitution établit des fonctions distinctes, qu'elle répartit entre divers agents les attributs de la souveraineté, elle interdit implicitement mais nécessairement à chacun d'eux de se décharger sur un autre de sa tâche, à plus forte raison s'en démettre en faveur d'un étranger. Ce serait substituer une autre organisation à celle créée par la Constitution.

Nos constitutions l'ont maintes fois proclamé à propos du pouvoir législatif (2).

1. Cf. pour le pouvoir législatif : M. BERTHÉLEMY : *Le pouvoir réglementaire du Président de la République* (*Revue politique et parlementaire*, 1898, XV, p. 323).

2. Constitution 5 fructidor an III, a. 46 ; Cf. LOCKE : *Essay on civil government*. London, 1690, § 141, p. 364. Il y a eu en fait des délégations expresses du pouvoir législatif, mais elles ont eu lieu soit par une constitution dictatoriale, ce qui ne viole pas notre principe (a. 58, Constitution, 14 janvier 1852), soit pendant un interrègne constitutionnel (Décret, 12 septembre 1870). V. ESMEIN : *l. c.*

Le même principe doit s'appliquer aux fonctions diverses du pouvoir exécutif. Dans les limites fixées par la Constitution, l'agent exerce sa fonction en toute liberté et suivant sa propre appréciation. L'organe qui le nomme ne saurait lui imposer des instructions impératives qui ne sont pas conformes à la loi et, si le fait se produisait, l'agent aurait non seulement le droit, mais encore le devoir de lui désobéir. Jusqu'à la révocation ou la démission l'agent a un libre pouvoir d'agir au nom de la souveraineté. Il est même souvent, et cela s'applique précisément au fonctionnaire d'autorité, irresponsable en principe parce que l'exercice de l'autorité abusif est considéré comme une faute de la fonction et non une faute personnelle (1). Parfois il est inamovible : tel le juge ; ce fonctionnaire d'autorité est même constitutionnellement, pour certains auteurs, soustrait à la dépendance de l'autorité supérieure par le principe de la séparation des pouvoirs ; il n'y a pas pour lui d'obéissance hiérarchique ; l'exercice de sa fonction suppose au contraire la liberté la plus absolue de décision.

Pour les autres agents, l'autorité qui nomme est légalement considérée comme incapable de prendre les décisions que rend celui qui est nommé. C'est là un principe général malgré les nombreuses exceptions qu'il subit.

Il n'y a pas cependant là d'abdication de la part de la souveraineté nationale puisque le pouvoir exécutif, dans le régime parlementaire est d'une part sous le contrôle du Parlement nommé à temps par le corps électoral et que d'autre part il conserve vis-à-vis de l'agent un droit de révocation plus ou moins étendu. La souveraineté peut donc ainsi en toute circonstance faire sentir son action sur tous les agents de la puissance publique et présenter un contre-poids suffisant pour que cette divisibilité infinie de la puis-

1. Voir ci-dessous ch. IV, section I.

sance souveraine ne soit pas préjudiciable à l'unité de l'Etat.

§ 4. — *Exposé de la théorie du pouvoir délégué.*

Pour ceux qui veulent établir la toute puissance du pouvoir central et conférer le pouvoir arbitraire de l'administration, la fonction serait un pouvoir délégué.

L'Etat moderne, dit M. Leroy-Beaulieu (1) « c'est l'Etat reposant principalement sur la délégation temporaire de l'autorité par ceux qui la doivent subir ». Cette délégation a été nécessitée par une impossibilité de fait lors de l'organisation de l'Etat. Le groupe social s'étendant en territoire, s'augmentant en population, le chef n'eut pas les facultés nécessaires pour exercer par lui-même tous les droits de l'autorité publique ; en même temps qu'il donnait un mandat pour le représenter dans la gestion des intérêts privés, *il déléguait* les prérogatives de son autorité à des agents (2). Ainsi en droit romain Bodin pense que les magistrats du peuple n'avaient l'*imperium* et la *jurisdictio* que par délégation (3) ; Cujas (4) et Faber (5) partagent cette opinion.

M. Dareste (6) écrit que dans notre ancien droit la substitution des commissions aux offices a été le remplacement de l'autorité propre (*jurisdictio propria*) par une autorité déléguée (*jurisdictio mandata*).

Loyseau, comme le fait Rosin, opposant d'une part le pouvoir propre, d'autre part le mandat et la délégation,

1. LEROY-BEAULIEU : *L'Etat moderne et ses fonctions*, I, p. 57.

2. BALICKI : *op. cit.*, p. 71.

3. BODIN : *République*, liv. III, ch. 5.

4. CUJAS : *Observations*, liv. XXI, ch. 30.

5. FABER, sur sa loi VII : *De Reg. jur.*

6. P. DARESTE DE LA CHAVANNE : *Histoire de l'administration*, T. I, p. 64. — Cf. DOMAT : *Droit Public*, liv. III, titre I, sect. I, n° 1.

déclare que la commission est non un mandat qui serait de droit privé, mais une délégation qui est de droit public : « Si l'officier fait son service pour soi et en son nom comme propriétaire de son office, le commissaire le fait pour et au nom de son délégant, ainsi que le procureur besogne au nom de son maître ; car enfin ce qu'est le procureur en fait privé, cela est le commissaire en fait public » (1). Cette commission est si bien une délégation que pour Loyseau « le pouvoir du commissaire est borné et limité par la commission de laquelle il doit suivre les termes ainsi qu'un procureur ceux de la procuration... au lieu qu'un officier dont la charge est générale... peut étendre davantage son pouvoir » (2). C'est qu'en effet le commissaire ne tient son pouvoir que du roi qui, seul, en jouit à titre propre. « En France nous tenons que la propriété de la puissance publique demeure toujours au roi » (3). Aujourd'hui avec la disparition des offices, il n'y aurait plus que des commissions, c'est-à-dire des délégations, le droit propre demeurant au citoyen souverain. « L'administration, écrit quelque part M. Hauriou, c'est la concession à jet continu » (4). Cette délégation est tantôt directe, tantôt indirecte ; dans une démocratie égalitaire à gouvernement direct, dit M. Balicki (5) « les fonctions publiques restent sous la surveillance constante et sous le contrôle direct des citoyens ; les charges des agents responsables sont électives ; les fonctionnaires supérieurs ne sont, par conséquent, que des *délégés* du groupe gouvernant ».

Au contraire la délégation n'est qu'indirecte dans le régime

1. LOYSEAU : *Des offices*, livre IV, ch. V, § 39, p. 461.

2. LOYSEAU : *op. et loc. cit.*, § 40.

3. LOYSEAU : *op. et l. c.*, § 39.

4. HAURIOU dans BEQUET : v. *Droit administratif*.

5. BALICKI : *op. cit.*, p. 102 et s.

représentatif (1). Mais cependant le pouvoir législatif y est dominant ; « le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire ne sont que des serviteurs de la souveraineté, écrit M. Vareilles-Sommières (2). Les autorités exécutives et judiciaires ne détiennent qu'à titre précaire un *imperium* que leur a *délégué* le pouvoir législatif, c'est-à-dire le souverain ». Et celui-ci ne serait lui-même que le *délégué* du corps électoral.

Des différentes théories sur l'origine de la souveraineté, c'est celle de l'élection qui en rend le mieux compte (3).

C'est par un choix individuel ou collectif que les hommes se sont donné un chef. En même temps qu'ils se sont groupés (*pactum unionis*), ils se sont soumis à un souverain (*pactum subjectionis*) à qui ils ont délégué le droit de leur commander. L'élection, la délégation, sont ainsi à la base de la souveraineté.

Par délégation sous forme d'élection, la puissance publique, dit-on, passe de l'électeur à l'Etat, puis de celui-ci au fonctionnaire qui l'exerce vis-à-vis de l'administré ; « le fonctionnement de l'Etat lui-même est une série d'actes qui partent de la souveraineté par voie de délégation descendante et mettent en mouvement les organes différenciés jusque dans leurs ramifications ultimes » (4).

Ainsi, que la délégation soit directe par l'élection du fonctionnaire (5) ou indirecte par suite de choix successifs, le

1. BALICKI : *l. c.*

2. VAREILLES-SOMMIÈRES : *Les principes fondamentaux du droit*, Paris, 1889, p. 226-227.

3. Voir plus haut, partie I, ch. I, section III, II, § 2, *Théorie du mandat*, p. 168 et s.

4. BALICKI ; *l. c.*, p. 175.

5. Voir plus haut, partie I, ch. I, sect. III, II, § 2 l'histoire de l'élection des fonctionnaires en France, p. 183.

droit constitutionnel et le droit administratif ne sont que l'histoire des délégations successives de la souveraineté.

L'organisation administrative française, pendant la première partie du siècle, semble, dit-on, s'être inspirée de ce principe : en effet le régime de centralisation excessive et le contrôle incessant et direct des autorités supérieures sur les agents inférieurs semble avoir justifié le principe que l'exercice de la puissance publique demeurerait une fonction déléguée pour les agents de l'administration.

Le régime établi par la loi du 28 pluviôse an VIII constitue l'apogée de ce système. Le premier consul nommait les conseillers généraux, le préfet désignait les conseillers municipaux ; encore souvent ces conseils n'avaient-ils que voix consultative dans des affaires locales ; toute décision émanait donc en réalité du pouvoir central, qui seul avait un droit propre de décision.

§ 5. — *Critique de la théorie du pouvoir délégué.*

Bien que la loi de l'an VIII soit encore la base de notre organisme administratif, nous ne pensons pas que le pouvoir du fonctionnaire d'autorité lui soit délégué par le chef de l'Etat.

D'abord l'argument historique invoqué par Bodin est erroné. Il fallait chez les Romains une mission spéciale pour qu'il y ait délégation d'un droit de puissance. S'appuyant sur ce principe que Papinien pose dans la loi I, *De officio ejus cui mandata est jurisdictio*, Loyseau en infère que le magistrat ne peut déléguer son droit de commandement (1). Il ajoute que la loi *De officio Proconsulis* au Digeste

1. LOYSEAU : *op. cit.*, liv. II, ch. I, p. 185.

permet au proconsul de déléguer l'instruction mais non le jugement des procès criminels parce que le droit d'autorité publique ne peut se transférer à personne (*nemo potest gladii potestatem ad alium transferre*). Ce qui aura trompé Bodin, c'est qu'il n'a pas vu que tous les officiers furent en fait nommés avec le droit de glaive (*cum jure gladii*) parce que cette clause devint de style, si bien que le pouvoir ne fut jamais délégué mais toujours exercé à titre propre.

Il n'en est pas autrement dans la fonction publique moderne. Sans doute la loi de l'an VIII a centralisé tous les pouvoirs entre les mains du gouvernement, mais ce n'est plus guère dans ce texte qu'il faut chercher les bases juridiques de notre administration.

Déjà le décret du 22 décembre 1789 prescrivait la division du territoire en départements, districts et cantons, en plaçant à la tête de chacune de ces circonscriptions des assemblées électives à peu près autonomes.

Restreint par le régime despotique du 14 frimaire an II et du 18 pluviôse an VIII, ce régime de self-government a, peu à peu, reconquis le terrain qu'il avait perdu.

Les lois du 21 mars 1831 sur l'organisation communale, la loi du 21 juin 1833 sur les conseils généraux et d'arrondissement rendent à l'élection le recrutement des membres des assemblées du département et de la commune ; leurs attributions sont élargies en 1837 et 1838 (1).

Le second empire déconcentre (2) et décentralise (3) la troisième République, étend encore les pouvoirs des assemblées locales (4) ; elle rend à l'élection la nomination du

1. Loi 18 juin 1837, pour les Conseils municipaux ; l. 10 mai 1838 sur les Conseils généraux et d'arrondissement.

2. Décret du 25 mars 1852.

3. Loi du 13 avril 1871 sur le Conseil général, 24 juillet 1867 sur les conseils municipaux.

4. Loi 1871, sur les conseils généraux et la commission départe-

maire, et on discute la désignation par l'élection de l'administrateur du département (1).

On tend à reconnaître ainsi aux groupements politiques inférieurs un pouvoir propre de puissance publique en leur permettant, par exemple, d'organiser eux-mêmes leur police : la souveraineté se divise à l'infini.

La même tendance s'est manifestée vis-à-vis non plus des conseils mais des agents locaux du pouvoir central. « Au début du siècle, dit M. Berthélemy, tout pouvoir de décision est réservé à l'administration centrale et les préfets n'ont qu'une autorité personnelle très restreinte » (2). La déconcentration a augmenté leur pouvoir de décision propre. Cela n'empêche pas qu'ils aient à rendre compte au ministre des actes qu'ils accomplissent en cette qualité ; mais ils n'en statuent pas moins sans autorisation préalable ni approbation postérieure et sans que le ministre puisse substituer sa volonté à la leur (3) ; ils ont ainsi la nomination d'un grand nombre d'agents inférieurs (4) ; ils peuvent donner des autorisations multiples ; ils ont la direction de la police générale dans le département.

Les maires ont le pouvoir propre de prendre les mesures de police nécessaires, ils sont officiers de police judiciaire, officiers de l'Etat civil ; ils ont la nomination des employés communaux ; malgré qu'ils n'exercent leurs fonctions que « sous l'autorité du préfet », celui-ci n'a pas toujours le droit de substituer sa volonté à celle du maire.

Même en dehors de ces cas légaux où le préfet et le maire

mentale ; lois de 1882 et de 1884 sur l'organisation communale ; loi 8 juillet 1899 sur la commission départementale.

1. Proposition de MM. Belhmont et Magnin en 1871.

2. BERTHÉLEMY : *Droit administratif*. p. 125.

3. Voir les catégories établies par le décret-loi du 25 mars 1852. Cf. Décret 13 avril 1861 ; Loi 24 juillet 1867.

4. BERTHÉLEMY, *op. cit.*, p. 126.

ont ainsi des fonctions propres en vertu de la loi, la pratique administrative en admet encore très libéralement l'extension : elle préfère sur ce point laisser l'initiative aux individus qui peuvent intenter devant le Conseil d'Etat le recours pour excès de pouvoir contre des actes abusifs, et l'autorité supérieure intervient plus rarement pour annuler des actes d'une autorité inférieure (1) ; la tutelle administrative s'en trouve diminuée (2).

Ainsi, bien que le principe de la délégation soit formel dans la loi de l'an VIII, cependant, comme le remarque M. Berthélemy à propos du préfet, les textes nouveaux « établissent un si grand nombre de dérogations à cette règle qu'elle n'est plus désormais qu'exceptionnellement applicable », et même souvent, quand elle le pourrait, l'administration active se garde de l'invoquer, laissant le soin de garantir les droits particuliers qui peuvent être lésés à la juridiction administrative.

Si la théorie du pouvoir propre est souvent exacte pour le fonctionnaire politique qui est dans la dépendance la plus étroite vis-à-vis du gouvernement, elle devient généralement applicable à tous les agents qui ont une liberté plus grande ; elle est la règle absolue pour les fonctionnaires inamovibles comme les juges.

C'est en vertu de son pouvoir propre de décision, avec la liberté la plus absolue, sans aucune délégation, car le pouvoir exécutif qui n'a pas le droit de juger ne peut par suite déléguer le droit, que le juge statue sur les litiges qui lui sont soumis : il est un organe direct et immédiat de la souveraineté.

1. Conseil d'Etat, 17 mai 1890, LEBON, p. 516 ; 10 février 1893, S. 94. 3. 129 ; 10 mars 1893, S. 93. 3. 129, note HAURIOU ; Cf. d'Etat, 29 juin 1900, S. 1900. 3, 65.

2. HAURIOU. S. 1900. 3, 65, note p. 68, 3^e col., 2^o.

La nomination d'un fonctionnaire par l'autorité compétente ne confère pas en effet à l'intéressé un pouvoir dont le siège est dans l'autorité qui le nomme ; « elle l'associe à l'Etat », dit M. Vivien (1), elle le fait participer à la souveraineté et non au pouvoir de l'autorité qui a nommé.

« Les fonctionnaires de l'Etat, qu'ils soient nommés directement par le Président de la République ou par une autre autorité placée sous ses ordres, en droit ne tiennent pas de lui leur titre et leur fonction (2). Ils les tiennent de la constitution ou de la loi, c'est-à-dire de la souveraineté nationale. C'est d'elle qu'ils reçoivent l'exercice de la puissance publique, dans les limites de leurs attributions, et non du Président de la République. Celui-ci en les nommant fait en réalité fonction d'électeur ; il est chargé par la Constitution de les choisir et de les élire.

Mais ce choix est par lui-même insuffisant pour conférer ou retirer le pouvoir du fonctionnaire, aussi le décret qui décide le déplacement du fonctionnaire, ne lui enlève pas *ipso facto* le droit d'agir au lieu de son ancienne résidence.

Ce droit réside en sa personne jusqu'à l'installation de son successeur ; toutes les décisions qu'il rendra seront parfaitement valables. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé qu'un magistrat mis à la retraite par décret comme ayant atteint la limite d'âge fixée par la loi, reste néanmoins capable de siéger tant que son successeur n'a pas acquis par la prestation du serment la faculté d'exercer ses nouvelles fonctions (3).

Il en est de même pour le magistrat envoyé par décret, dans une nouvelle résidence (4). C'est que le pouvoir, la

1. VIVIEN : *op. cit.* I, p. 302.

2. ESMEIN : *Droit Constitutionnel*, p. 484.

3. Cass. crim. rejet 9 mars 1871, D. 71. I. 70.

4. Cass. 7 juin 1882, D. 83. I. 333.

fonction existe par elle-même en vertu de la loi, en dehors de la désignation faite par le pouvoir exécutif.

C'est la loi qui détermine, limite ou étend les cas de révocation des fonctionnaires, établit leur inamovibilité, leur garantit leur siège, leur grade, leur chaire, ou au contraire, laisse à l'entière discrétion du gouvernement, le droit de les priver de leur fonction.

C'est la loi et non l'autorité qui nomme, qui règle l'exercice de la fonction, détermine la compétence du fonctionnaire, si bien que « l'autorité du gouvernement ne peut s'étendre jusqu'à donner des ordres contraires aux lois, et s'il arrivait que ses agents reçussent de tels ordres, non seulement leur droit, mais leur devoir serait de n'y point obtempérer » (1).

C'est au nom de la loi et non du chef du gouvernement que sont exercés les actes de commandement, les actes de l'autorité publique ; le visa de ces actes, par exemple celui des jugements, en est la preuve ; c'est « au nom du peuple français », c'est-à-dire au nom de la souveraineté nationale que les actes d'autorité les plus graves, les jugements sont rendus (2).

Le fonctionnaire exerce donc seulement un pouvoir en vertu de la loi ; il l'exerce au même titre que tout individu exerce ses droits personnels, auxquels la loi attache des effets juridiques ; c'est pour lui un pouvoir qui ne lui est délégué par aucune personne ; il le détient en propre.

Ce pouvoir lui est propre, non pas seulement parce qu'il ne le reçoit de personne, mais encore parce que personne autre que lui, ne peut faire les actes qu'il a le droit d'accomplir, ni celui qui en le nommant a fait une élec-

1. VIVIEN : *Etudes administratives*, 3^e éd. p. 75.

2. Décret du 2 septembre 1871, a. 2.

tion, un choix, ni celui auquel il voudrait conférer son pouvoir.

Le ministre n'a pas qualité pour prendre un arrêté de chasse ; ce que peut faire le préfet qu'il nomme. Le préfet ne peut dresser procès-verbal à un contrevenant alors que le garde-chasse qu'il nomme a qualité pour le faire. Si une décision était prise par le supérieur hiérarchique alors qu'elle est de la compétence de l'inférieur, il n'est pas douteux que cette décision serait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir et annulée pour incompétence (1). Le supérieur peut fort bien annuler une décision de l'inférieur mais non en prendre une à sa place sauf dans certains cas légaux exceptionnels(2).

C'est donc toujours la Constitution et la loi qui donnent directement le pouvoir au fonctionnaire désigné pour être l'organe de la souveraineté ; cet organe a un pouvoir qu'il ne tient ainsi d'aucune autre personne (3).

On peut donc dire que la nomination à une fonction publique n'est plus pour le fonctionnaire une délégation de pouvoir ; elle fait au contraire de l'agent un organe propre de la puissance publique.

Si le fonctionnaire ne reçoit son pouvoir de personne, il ne peut davantage le confier à un autre agent : la loi déclare

1. Cs. d'Etat, 16 mai 1884 ; LAFERRIÈRE : *op. c.*, II, p. 511.

2. LAFERRIÈRE : *op. c.*, II, p. 517.

3. MICHOD : *De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents* dans la *Revue du droit public et de la science politique*, 1895, II, p. 265 : « Le préfet exerce des attributions qui lui sont propres, qui lui sont directement conférées par la loi et que sauf disposition spéciale de celle-ci le ministre ne pourrait remplir à sa place ». Cf. DUFOUR : *Traité général de droit administratif appliqué*, 2^e éd., Paris 1854, T. I, p. 177, n. 218 : « Le préfet administre en vertu d'un pouvoir qui lui est propre » ; LAFERRIÈRE : *op. cit.*, II, p. 500.

que le fonctionnaire est tenu d'accomplir en personne les devoirs de sa charge. « Les compétences, dit M. Laferrière, ne peuvent se déléguer au gré de ceux qui les exercent, parce qu'elles résultent de la loi, qu'elles sont d'ordre public et par conséquent elles ne peuvent être exercées que par ceux à qui elles sont dévolues » (1).

« S'il peut, dit Vivien (2), pour certains accessoires et dans certaines circonstances, prendre un aide, il n'a pas le droit de se substituer un tiers sans caractère public. La confiance de l'Etat qui l'a nommé n'est pas susceptible de *délégation* ».

Et cependant la nomination étant muette sur ce point, si elle constituait une délégation de droits, le délégué devrait pouvoir se substituer un tiers (arg. a 1994 C. civ.). Si cette substitution est impossible, c'est donc que la fonction publique est un droit qui ne peut être délégué, qui doit rester personnel à celui qui l'a reçu.

Sans doute une compétence peut être exercée par suppléance ou délégation. Mais le suppléant ou l'adjoint est désigné d'avance conformément aux règlements non par le suppléé mais par l'autorité compétente pour procéder à la nomination du titulaire. Le suppléant a de plein droit mission de remplacer le titulaire, il a une compétence propre quoique conditionnelle. De plus la suppléance opère le transfert intégral des compétences attachées à la fonction, sauf exceptions légales. Ainsi en cas de vacance de la Présidence de la République par suite du décès ou de la démission du titulaire avant que les Chambres aient nommé un nouveau Président, « le conseil des ministres est investi du pouvoir exécutif » (3). C'est donc la loi qui dans les cas de

1. LAFERRIÈRE : *Juridiction administrative*, II, p. 500.

2. VIVIEN : *Etudes administratives*, 3^e éd. I. p. 235.

3. Loi constitutionnelle du 25 février 1875, a. 7.

vacance remet les pouvoirs au Président du conseil des ministres. Ainsi encore le préfet empêché est suppléé de plein droit dans ses fonctions de Président du Conseil de préfecture par le vice-président de ce conseil (1), dans celles de Président du conseil départemental par l'inspecteur d'Académie ; le maire est suppléé « dans la plénitude de ses fonctions » par un adjoint dans l'ordre des nominations et à défaut par un conseiller municipal désigné par le conseil sinon pris dans l'ordre du tableau. Mais ce n'est pas le préfet, ce n'est pas le maire, qui désignent ainsi leurs suppléants : ces suppléances sont organisées à l'avance par la loi ; le suppléant tient ses fonctions de la loi et les exerce comme un pouvoir propre, non comme un pouvoir délégué.

Au contraire, une compétence exercée par délégation ne pourrait résulter que d'une décision spéciale, émanée du fonctionnaire suppléé ou de son supérieur hiérarchique ; elle n'opérerait qu'un transfert partiel d'attributions, limité par l'acte de délégation.

Encore ces délégations partielles ne peuvent-elles se faire que dans des cas limitativement énumérés dans la loi, à des fonctionnaires déterminés, et suivant des formes préétablies.

Des décrets peuvent déléguer quelques-unes des attributions ministérielles à des secrétaires d'Etat pour la plus rapide exécution des affaires courantes et la jurisprudence a reconnu la légalité de ces délégations (2) : c'est ainsi que fut créé le sous-secrétaire d'Etat aux colonies avant que celui-ci soit érigé en ministère par décret du 19 mars 1889 et du 12 mars 1892.

Un ministre peut parfois déléguer ses attributions :

1. A. 4. loi 21 juin 1865.

2. *Conseil d'Etat* 4 avril 1879 *Oulier* ; 22 janvier 1892 : *Ville de Pointe-à-Pitre* ; 29 avril 1892, *Vaïtilingam* ; 12 janvier 1894, *Perrier*.

il le fait normalement pour la nomination des agents inférieurs des services publics. Ainsi le ministre des finances délègue aux directeurs généraux des grandes régies financières des attributions relatives à la nomination du personnel. Mais il le fait en vertu de l'Ordonnance du 17 décembre 1544 et des décrets du 22 décembre 1881 et du 8 février 1882. Le ministre de la guerre fait passer des marchés par ses intendants militaires en vertu du règlement du 3 avril 1869.

Le préfet peut déléguer ses attributions à son secrétaire général (1) ou à un conseiller de préfecture, avec l'approbation du ministre quand le préfet s'absente (2), et la jurisprudence a même admis sur ce point qu'une délégation verbale pouvait être suffisante (3), ce dont on peut douter.

Le maire peut sous sa surveillance et sa responsabilité déléguer par arrêté une partie de ses fonctions à un ou plusieurs de ses adjoints et même en cas d'absence ou d'empêchement de ceux-ci à des membres du conseil municipal (4).

Mais dans tous ces cas ce n'est pas en réalité le titulaire de la fonction qui fait la délégation, c'est toujours la loi. La puissance publique ne peut s'imposer aux citoyens que si elle est exercée par son véritable agent, car elle n'existe pas en dehors de lui. Si en dehors de la loi on voit que des Ordonnances royales ou des décrets ont parfois réglé la délégation, c'est que le chef de l'Etat a un pouvoir réglementaire qui participe du caractère de la loi et qu'il a la seule direction de tous les services (5).

1. Décret 29 décembre 1854, a. 3.

2. Ordonnance du 29 mars 1821.

3. Conseil d'Etat, 30 mai 1884.

4. Loi 5 avril 1884, a. 82.

5. Voir les arrêts cités ci-dessus.

Mais en dehors de ces cas légaux, il ne peut y avoir de délégation. Le ministre peut bien déléguer sa signature pour la correspondance et les instructions relatives au service, mais il ne peut transmettre le pouvoir de faire un acte d'autorité, un acte de puissance publique, tel qu'un arrêté ou même un acte de gestion à un directeur général, à un secrétaire général du ministère (1), à son chef de cabinet (2) ou à un secrétaire d'Etat (3).

Le préfet peut même rapporter les décisions prises par son délégué légal, le secrétaire général, parce que celui-ci agit toujours « sous la direction du préfet » (4).

Le délégué, dans tous les cas, est déjà fonctionnaire public, avant de recevoir la délégation ; s'il reçoit une nouvelle fonction, c'est en vertu de la loi, le déléguant ne fait qu'un choix. L'existence de ces délégations temporaires et légales n'infirme donc en rien notre thèse, à savoir que le fonctionnaire dans l'exercice de sa fonction agit toujours en vertu d'un pouvoir qui lui est propre, parce que la loi le fait naître en sa personne.

Tous les fonctionnaires nommés sont donc soustraits à la délégation de pouvoir ; nous n'avons rien à ajouter à ce que nous avons déjà dit de la nature du mandat électif pour repousser également la délégation dans les rapports entre l'électeur et l'élu. Nous savons que la liberté du député, l'impossibilité de sa révocation, la prohibition d'ordres impératifs au sujet de ses votes excluent l'idée de mandat ou l'idée de délégation qui est la représentation du droit

1. Conseil d'Etat, 30 janvier 1815 ; 20 octobre 1819 ; 17 avril 1891.

2. Conseil d'Etat 21 février 1890.

3. Conseil d'Etat, 15 mars 1849 ; 27 juillet 1888 ; 25 juillet 1890.

4. Décret 29 décembre 1854.

public. La même conception s'applique au fonctionnaire élu directement, à plus forte raison au fonctionnaire nommé que l'on veut considérer comme indirectement élu.

Ainsi tombe toute cette chaîne de délégations successives de souveraineté qu'on voyait naître entre le citoyen et le fonctionnaire ; il n'y a pas de relation juridique analogue à la délégation entre l'électeur et le député ou entre le ministre et le préfet. « Un préfet n'est point le préposé du ministre » (1), le préfet ne délègue pas à l'agent-voyer un pouvoir quelconque ; il serait totalement incompetent pour faire un des actes quel qu'il soit de ce dernier. Accomplie par le préfet, une opération d'alignement ne saurait échapper à l'annulation pour excès de pouvoir, bien que ce soit le préfet qui nomme l'agent-voyer, parce que « les compétences, comme le dit M. Laferrière, ne peuvent être exercées que par ceux à qui elles peuvent être dévolues » (2). A aucun degré de la hiérarchie, il n'y a de place pour l'hypothèse de la délégation de pouvoir par celui qui a le droit de nomination : « les fonctionnaires de l'Etat, pour M. Esmein, qu'ils soient nommés directement par le président de la République ou par une autre autorité placée sous ses ordres, en droit, ne tiennent pas de lui leur titre et leur fonction » (3).

C'est là une heureuse garantie des droits individuels ; la théorie du droit délégué mise en pratique dans un régime parlementaire, constituerait avec une administration basée sur un système de délégation la plus redoutable machine de despotisme (4) et un danger perpétuel pour le régime. D'une

1. MICHOD : *De la Responsabilité de l'Etat* (Revue du droit Public et de la science politique, 1895, II, p. 265.

2. LAFERRIÈRE *op. cit.* II, p. 500.

3. ESMEIN : *Droit constitutionnel*, p. 485.

4. BENJAMIN CONSTANT : *Cours de politique constitutionnelle*, p. 20 et s.

part en effet, si le personnel administratif tient son pouvoir du supérieur hiérarchique, c'est à ce supérieur qu'il doit obéissance, et comme cette obéissance n'a de limites que celles de la délégation que le délégant peut élargir à son gré, il formera, dit M. Vivien, une ligue de prétoriens au service du pouvoir assez criminel pour l'employer à la destruction de nos droits (1). D'autre part, il suffira que la tête change pour que toute l'administration suive le mouvement, un coup de main hardi s'emparant des ministères et du télégraphe pourrait demain changer le régime républicain.

Au contraire, si le fonctionnaire tient son pouvoir de la loi, c'est à celle-ci et non au Gouvernement qu'il doit obéir : il doit refuser d'obéir à des ordres illégaux. On le rend alors personnellement et directement responsable de ses fautes. C'est ce à quoi tendait le décret de 1870 abrogeant l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII, mais la procédure de l'arrêté de conflit n'a pas beaucoup modifié l'état de choses sur ce point.

Il est enfin un avantage considérable qu'offre encore la théorie du pouvoir propre. Chaque administrateur peut poursuivre son rôle alors même que le gouvernement succomberait devant une crise révolutionnaire et que pendant un temps assez long aucun pouvoir légal ne serait institué. Nous en avons vu de nombreux exemples durant le XIX^e siècle (2).

SECTION II

Objet de la fonction d'autorité.

Le fonctionnaire d'autorité, ainsi que nous venons de le voir, est celui qui, nommé par un acte de puissance publique

1. VIVIEN : *Etudes administratives*, 3^e, p. 75.

2. ESMEIN : *Droit constitutionnel*, p. 18 en note.

à un pouvoir propre qu'il tient de la loi : il est un agent de souveraineté."

L'objet de sa fonction, c'est d'une façon générale, la mise en œuvre de cette puissance souveraine dont il dispose ; mais le fonctionnaire d'autorité n'est pas souverain à la façon de l'électeur, l'organe n'est pas souverain de la même manière que l'agent ; l'un prend des décisions l'autre les exécute, l'un veut, l'autre agit. Il convient donc de pousser plus loin l'analyse, de chercher ce qu'on entend dire quand on déclare que le fonctionnaire d'autorité participe à l'action de la souveraineté, de préciser en un mot quel est l'objet de ce pouvoir du fonctionnaire.

La solution dépend de la conception que l'on se fait de la souveraineté. La souveraineté est un pouvoir, une force : une force peut être matérielle ou immatérielle, ou même à la fois l'un et l'autre. De là trois théories sont nées, et de leur solution dépend celle de notre question.

Pour ceux qui pensent que la souveraineté se résume dans la puissance publique *stricto sensu* c'est-à-dire dans la force publique, dans le droit effectif de coercition, il est évident que le fonctionnaire d'autorité participera à la substance même de la souveraineté et qu'il sera souverain dans la plus large acception du mot.

Si au contraire, on pense que la souveraineté n'est pas une force matérielle mais seulement une faculté du corps social, une manifestation de la volonté générale, le fonctionnaire ne participera pas à la souveraineté. En effet seul l'électeur est la source de l'expression de la volonté nationale et le fonctionnaire ne doit en général qu'exécuter les décisions du pouvoir législatif.

Si enfin on admet que la souveraineté est à la fois une puissance matérielle et une faculté volontaire, il est aisé de

voir entre ces deux éléments quel est celui auquel participe le fonctionnaire et quel est celui qui lui est étranger.

1^{re} THÉORIE : *Théorie de la souveraineté matérielle*. — La souveraineté est une force, avons-nous dit, elle se manifeste à nos yeux sous la forme du commandement de la part de l'agent de l'Etat et de la nôtre sous celle de l'obéissance. A ne prendre que cette forme extérieure et tangible, elle se résume dans la force publique, dans l'*imperium* (1).

Pour les anciens la souveraineté n'était que le « *summum imperium* ou la « *suprema protestas* ». Bodin reprend les mêmes expressions et les traduit ; la souveraineté n'est pour lui que « la puissance absolue et perpétuelle d'une république » (2). Pour Bluntschli c'est également « la puissance considérée dans sa force et sa majesté suprême (3) ». Pour Loyseau « la souveraineté est le comble de la puissance (4) ». Grotius également y voit la suprême puissance qui ne peut être contrôlée ; il appelle « puissance souveraine celle dont les actes sont indépendants de tout autre pouvoir supérieur en sorte qu'ils ne peuvent être annulés par aucune autre volonté humaine (5). Pour Courcelles-Seneuil « la souveraineté est le pouvoir de commander à tous les citoyens d'un Etat sans être contrôlé par aucun pouvoir supérieur (6).

1. JELLINEK : (*Staatenverbindungen*, p. 21 n° 20) cite plusieurs auteurs du droit international qui n'accordent la souveraineté qu'à l'Etat qui jouit d'une certaine puissance ; c'est ériger en principe que sans force le droit n'est rien.

2. BODIN : *République*, liv. I, ch. VIII.

3. BLUNTSCHLI : *Théorie générale de l'Etat*, Trad. Riedmatten, 3^e éd. p. 438. « L'Etat est l'incarnation et la personnification de la nation... Cette puissance considérée dans sa force et sa majorité suprême s'appelle souveraineté. »

4. LOYSEAU : *Des seigneuries*, ch. II, n. 6.

5. GROTIUS : *De jure belli et pacis*, liv. I, ch. III, § 7.

6. COURCELLES-SENEUIL : *La Société moderne*, p. 23.

D'autres comme Austin (1), Dewey (2), Cornewal Lewis, Rothe (3), résument la souveraineté dans le pouvoir de contraindre les autres membres du corps social à se conformer à sa volonté. D'autres enfin la conçoivent comme une « notion centrale de pouvoirs », suivant l'expression de Bluntschli ou plutôt comme « l'unité complète de tous les pouvoirs de l'Etat réunis » (4).

Toutes ces opinions qui semblent un peu divergentes partent cependant d'un même principe commun, c'est que la souveraineté n'est autre chose que le pouvoir matériel de coercition vis-à-vis des citoyens.

Or ce pouvoir est effectivement entre les mains des fonctionnaires; et seuls ils ont le droit de l'exercer.

Donc dire que le fonctionnaire participe à la souveraineté et concevoir cette souveraineté comme une puissance matérielle de coercition, c'est exprimer cette pensée que le fonctionnaire réunit entre ses mains toute la souveraineté, qu'il est véritablement souverain, puisqu'il a un pouvoir propre et qu'en dehors de ce pouvoir de contrainte il n'y a pas de souveraineté.

C'est là une thèse féodale puis monarchique, qui a été soutenue durant de longs siècles par tous ceux qui ont voulu faire des seigneurs, puis des rois et des officiers les propriétaires de la souveraineté.

1. AUSTIN : *Lectures on jurisprudence*, I, p. 259 et s.

2. J. DEWEY : (*Political science quarterly*, mars 1894).

3. ROTHE : *Traité de droit naturel théorique et appliqué*, Paris 1885, T. I, p. 274 « La souveraineté politique est un *pouvoir de contraindre* ». Rothe exige comme Jellinek, l'absence d'autorité supérieure, p. 279 : « La souveraineté est le pouvoir de contraindre les hommes en vue de leur bien commun tant physique que moral sans être ordinairement subordonné à une autorité supérieure de même nature.

4. ZORN : *Staatsrecht*, 2^e éd., I, p. 62.

Sous la féodalité, le seigneur propriétaire de la terre l'était également des prérogatives que cette possession conférait, et au nombre desquelles était la puissance publique.

Dans les temps modernes les droits régaliens ont été repris aux seigneurs par les rois, mais ceux-ci ont laissé les officiers acquérir un droit analogue aux premiers. « En France, dit Fleury (1), toute la puissance publique *appartient* au roi seul qui en communique l'exercice à qui il lui plaît ». Cependant les seigneurs en ont bien encore quelque partie « de ce peu ils sont propriétaires : leur droit est héréditaire, aliénable ; puissance publique en propriété est seigneurie ». D'autres ajoutent que les officiers sont également propriétaires de cette puissance publique.

On leur assimile les fonctionnaires d'autorité de l'Etat moderne quand on leur accorde comme nous l'avons fait, un droit propre.

En Allemagne Seydel et Lingg font des fonctionnaires les titulaires de la souveraineté (2).

En France, M. Rothe écrit : « La souveraineté politique appartient vraiment à celui qui l'exerce... l'homme qui exerce le pouvoir de contraindre ou qui constitue la force publique est véritablement souverain » (3). En effet, pour l'auteur, le pouvoir qu'on appelle souveraineté ne dépasse pas les bornes du pouvoir, que chacun avait avant l'établissement de la Société, d'empêcher le mal, les violations de droit et les actes contre soi-même. Le fonctionnaire exerce aujour-

1. FLEURY : *Droit public*, p. 9.

2. En Allemagne SEYDEL : *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*, 1873 et LINGG : *Empirische Untersuchungen zur allgemeinen Staatslehre*, 1890, ont soutenu que les droits de puissance publique appartenaient à l'individu qui les exerce. [Cités par M. MICHOUX (*Revue du droit public et de la science politique*, 1899, T. I, p. 14).]

3. ROTHE : *op. cit.*, p. 278.

d'hui le pouvoir, que chacun exerçait auparavant dans l'état de nature, de faire régner le droit.

Mais on revient ainsi logiquement à faire de la souveraineté comme au temps de la féodalité une sorte de patrimoine et de propriété du fonctionnaire, qui réunit ainsi tous les pouvoirs. Nous avons déjà rejeté cette erreur et nous en avons montré les graves inconvénients dans le régime féodal.

D'autre part aucune des théories précédentes ne donne une explication complète de la souveraineté.

Dire avec Bodin et Grotius que la souveraineté est la puissance suprême n'est pas l'expliquer ; écrire avec Zorn que c'est l'unité des forces de l'Etat, c'est confondre l'effet avec la cause et ne pas voir que si l'Etat résume en lui-même tous les pouvoirs, c'est précisément parce qu'il est souverain. Si la souveraineté a le pouvoir de contraindre, ainsi que l'exprime Austin, elle a également d'autres prérogatives et d'autre part ce pouvoir de contraindre s'arrête aux frontières.

Qu'on ne cherche pas à expliquer, comme le fait Rothe, que la souveraineté n'est que l'exemplaire agrandi du pouvoir d'empêcher la violation du droit par la force qui réside chez chacun de nous dans l'état de nature.

Nous n'avons que le droit d'empêcher les actes où les omissions directement défendues par la loi naturelle, mais jamais le droit d'interdire les actes qu'elle ne prohibe point ni celui d'exiger des actes qu'elle ne commande pas.

Nous ne pouvons forcer personne à faire des sacrifices pour l'utilité commune pas plus que punir celui qui a violé les lois naturelles. Au contraire le souverain a tous ces droits que l'homme n'a pas dans l'état de nature (1).

C'est donc que la souveraineté est autre chose que ce pouvoir naturel d'empêcher la violation du droit.

1. VAREILLES-SOMMIÈRES : *op. c.*, p. 44.

Le fonctionnaire ne tire pas de sa personne le droit de contrainte. S'il le tenait de lui-même, le fonctionnaire ne serait pas lié par les actes de ses prédécesseurs. « Si chaque souverain, dit M. Boistel (1), doit ce pouvoir à sa puissance effective personnelle, s'il ne tient par conséquent le pouvoir que de lui-même, si celui-ci ne lui a été transmis par personne, on devrait logiquement en conclure qu'il n'est pas lié par les actes de ses prédécesseurs ». Il ne serait pas même lié par ses propres actes ; avec la théorie que nous repoussons, on en viendrait à dire que si le fonctionnaire est souverain, l'arrêté municipal est une concession du maire, l'arrêté préfectoral une faveur du préfet, comme la charte de 1814 était dite « octroyée » par Louis XVIII. Cette concession pourrait être arbitrairement retirée sans constituer de droit acquis pour les intéressés, puisque comme le dit Morel (2), le concédant « ne serait pas plus lié par elle que je ne suis juridiquement lié par une promesse à mon esclave ». Or nous avons vu que depuis longtemps notre droit administratif admet que des règlements font naître des droits acquis au profit des administrés.

Si le fonctionnaire est lié par les actes de ses prédécesseurs et par ses propres actes on peut en tirer cette conséquence : c'est que la source de la souveraineté n'est pas uniquement en lui-même, mais aussi dans cet autre pouvoir qui le lie en droit s'il ne le contraint pas en fait, c'est-à-dire dans la constitution, dans la loi, expression de la volonté générale.

Alors le fonctionnaire n'est pas propriétaire de cette sou-

1. M. BOISTEL : *Philosophie du droit*, 2^e éd. 1899, II, p. 398, en note.

2. BOREL : *La souveraineté et l'Etat fédératif*, p. 19.

veraineté qui est au-dessus de lui, il n'a que la force publique matérielle.

2^e THÉORIE. *Théorie de la souveraineté immatérielle.* — D'autres auteurs, à l'inverse, au lieu de concevoir la souveraineté comme la force publique matérielle, au lieu de la résumer dans la contrainte légale et la puissance de coercition en ont fait un pouvoir immatériel purement métaphysique. Ils n'ont vu en elle que l'expression d'une faculté, que la volition de la volonté générale qui lie même le fonctionnaire à vie, donc est au-dessus de lui. « La souveraineté, dit M. Hauriou, est la volonté de l'Etat en tant qu'elle exerce un empire (1) ». Et avec raison on montre que cette volonté fait la concentration des forces publiques, qui sans elle seraient éparses et appartiendraient à des groupes différents, à des individus multiples. « La souveraineté, dit Fiore, c'est le droit d'*organiser*, de *concentrer* le développement des forces en vue de l'unité du but, d'écarter tous les obstacles internes et externes et de pourvoir à la conservation aussi bien qu'au perfectionnement des forces (2), droit qui constitue en quelque sorte l'affirmation de l'Etat par sa *volonté* propre (3).

Cette force immatérielle est comme la force matérielle de la théorie précédente, la force suprême : la souveraineté implique le droit de le déterminer librement dans un domaine que quelques-uns disent illimité. « La souveraineté, dit Jellinek, c'est la qualité d'un être en vertu de laquelle il ne

1. HAURIOU : *Précis*, éd. 1893, p. 10.

2. PASQUALE FIORE : *Droit international public*, Trad. Pradier-Fodéré, I, p. 133. Paris, 1868.

3. Cf. ORLANDO : *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, 1899, p. 50 : « La souveraineté consiste dans l'affirmation de la personnalité juridique de l'Etat. » : DUBS : *Le droit public et la confédération suisse*, Neuchâtel, 1878, p. 48.

peut être *obligé* que par sa propre *volonté* (1) ». Rosin la modifie en substituant à l'idée d'obligation celle de *détermination* (2) ; Haenel avait déjà dit que c'était « le droit de *déterminer* sa compétence (3).

Pour tous ces auteurs la souveraineté est donc la volonté de l'Etat ou la volonté générale : la faculté de se déterminer, c'est une faculté immatérielle.

En ce sens alors le fonctionnaire ne participe pas à la souveraineté : le titulaire de la souveraineté n'est pas le fonctionnaire qui exerce une puissance effective, qui agit conformément à l'instruction donnée, qui applique les décisions de la volonté générale, ce sont, au contraire, ceux qui expriment cette volonté, c'est-à-dire les députés et les électeurs, qui seuls sont les organes de la volonté de l'Etat, de la souveraineté, alors que les fonctionnaires ne sont que des agents. Ce sont les premiers les véritables souverains. C'est ce qu'exprime l'art. 3 de la déclaration des droits de l'homme : « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement de la nation, nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément ». Ce thème est celui de tous les démagogues (4).

En 1848, sur les marches de l'Hôtel de Ville, Lamartine lisait cette proclamation : « Tout français qui a atteint l'âge

1. JELLINEK : *Staatenverbindungen*, p. 34.

2. ROSIN : *Souveraenetaet*, p. 5 : « La souveraineté est la qualité d'un être de ne pouvoir être déterminé juridiquement par la volonté d'un autre être ou pour exprimer cette idée d'une manière positive la souveraineté, c'est la détermination exclusive par sa propre volonté ».

3. HAENEL : *Deutsches Staatsrecht*, I, p. 117, n. 2. Cf. tous les auteurs qui font de l'Etat une personne réelle en se fondant sur ce principe qu'elle a une volonté qui manifeste sa souveraineté.

4. Voir ROUSSEAU : *Contrat social* ; *Déclaration de l'Assemblée nationale* du 20 avril 1792 (dans THIERS : *Révolution française*, II, n. 10), et son exposé des motifs par Condorcet.

d'homme est citoyen. Tout citoyen est électeur. *Tout électeur est souverain* » (1).

Sans doute le fonctionnaire a parfois un droit de décision et quand il fait un règlement qui oblige ceux qui y sont soumis, c'est bien sa volonté qu'il affirme et qui devient la volonté légale de l'Etat, c'est-à-dire la souveraineté. Mais le pouvoir de décision propre des fonctionnaires n'est qu'une exception ; généralement il ne l'exerce que pour l'application d'une loi et d'autre part on considère dans cette théorie que c'est une délégation de volonté de la part des électeurs.

Nous avons montré qu'il n'y avait pas de semblable délégation et que c'était en vertu de son pouvoir propre que le fonctionnaire prenait des décisions. Au moins en cela il participe donc à la souveraineté de cette théorie.

Mais la théorie elle-même est insuffisante.

La souveraineté c'est, dit-on, la volonté générale qui prend des décisions souveraines ; mais que deviendrait-elle, sans l'exercice et l'application de ses décisions par des agents. Une manifestation platonique de cette volonté ne constitue pas un acte de souveraineté. Il faut donc que cette puissance soit actualisée. Il n'y a de souveraineté que quand la volonté de l'Etat reçoit une application.

C'est par l'intermédiaire du fonctionnaire que cette volonté passe à l'état d'acte.

La souveraineté n'est donc pas seulement une force immatérielle et on ne peut dire que le fonctionnaire y est complètement étranger.

3^e THÉORIE. — La souveraineté n'est ainsi ni uniquement la force suprême matérielle ni seulement la force suprême

immatérielle, car la force matérielle suppose toujours une décision en vertu de laquelle elle agit et la force immatérielle postule nécessairement une action qui l'actualise.

Comme elle ne peut pas être ni l'une ni l'autre, elle doit être à la fois l'une et l'autre.

La souveraineté est à la fois la force publique et la volonté générale de l'Etat.

La nécessité de cette coopération des deux forces matérielle et morale est déjà indiquée dans Rousseau qui, cependant, exalte, la volonté générale exprimée par la loi. Pour lui, en effet, la « souveraineté n'est que l'exercice de la *volonté générale* ». « Si l'Etat n'est qu'une personne morale dont la vie consiste dans l'union de ses membres et si le plus important de ses soins est celui de sa propre conservation, il lui faut une force universelle et compulsive pour mouvoir et disposer chaque partie de la manière la plus convenable au tout. Comme la nature donne à chaque homme un pouvoir absolu sur tous ses membres, le pacte social donne au corps politique un pouvoir absolu sur tous les siens, et c'est ce même pouvoir qui, dirigé par la volonté générale, porte le nom de souveraineté » (1). Ainsi Rousseau ne substitue pas comme le lui reproche Bluntschi la *suprema voluntas* à la *suprema potestas*, mais il les unit l'une à l'autre.

Cette coopération est encore plus nettement indiquée dans Collins (2). « Dans la société, dit-il, l'ordre, vie sociale, ne peut exister que par une règle commune nommée *droit* et par une *force* soit rationnelle soit brutale comme sanction et également commune; cet ensemble de droit et de sanction de droit est nommé souveraineté ».

1. ROUSSEAU : *Contrat social*, liv. I, ch. II. Cf. ch. IV.

2. BLUNTSCHLI : *Théorie générale de l'Etat*, p. 441.

2. COLLINS : *De la souveraineté*, Paris, 1858, II, p. 602.

En Allemagne les théoriciens qui fondent la réalité de l'Etat sur l'existence d'une volonté naturelle ne nient pas cependant que cette volonté ait besoin de la force publique pour réaliser la souveraineté.

Pour Gierke (1), c'est même cette force qui est la puissance unitive constitutive de l'union étatique et qui permet ainsi non pas seulement la réalisation mais encore l'expression de la volonté générale par l'union des volontés individuelles.

Pour Lingg, qui cependant réunit en la personne du fonctionnaire à la fois la volonté étatique et la force publique, il y a union intime de l'une et de l'autre : « il y a dit-il, souveraineté là où la force se met à la disposition d'une volonté qui commandera irrésistiblement, et où dès lors la conviction qu'ont ceux qui y sont soumis de la nécessité de l'ordre, réalise d'une part cet ordre en fait et forme d'autre part cette force qui contraint l'individu récalcitrant à l'obéissance (2) ».

Gerber va plus loin : pour lui c'est la force qui est elle-même volonté. Selon cet auteur, la force publique ne peut être séparée de la volonté de l'Etat, car elle est « la puissance de la volonté d'un organisme conçu comme personne, dont la manifestation juridique est la domination (3). »

1. « L'essence d'une union étatique consiste dans le fait qu'elle a comme objet l'action toute puissante de la volonté générale. L'Etat se distingue des autres communautés parce que sa puissance unitive est une force qui n'est limitée d'en haut par aucune force semblable alors qu'elle est en bas au-dessus de toute force pareille. Par suite une volonté, la volonté générale, attachée à une telle force est souveraine et dès lors se différencie de toute autre volonté par le fait qu'elle se détermine elle-même. » *Die Grundbegriffe des Staatsrechts* (*Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, XXX, p. 304, Tübingen, 1874).

2. LINGG : *Empirische Untersuchungen zur allgemeinen Staatslehre*, p. 207, Wien, 1890.

3. GERBER : *Granzüge*, p. 19 et s.

Elle tire d'elle-même les motifs de son action, ce n'est pas la volonté générale qui ordonne à la force publique, mais c'est la force publique qui est elle-même la volonté de l'Etat : « souveraineté est non pas la force publique elle-même mais une propriété de la force publique parfaite ». ¹

On ne peut donc séparer la force publique de la volonté générale, l'une et l'autre coexistent dans la souveraineté (1).

On pourrait objecter que l'une et l'autre étant par définition, des forces suprêmes, elles s'excluent mutuellement parce que deux forces suprêmes ne peuvent coexister, ou elles ne seront ni l'une ni l'autre souveraines, puisque au moins une puissance sera soustraite à son action, ou bien, au contraire, l'une sera soumise à l'autre et, par conséquent perdra sa qualité de suprême.

La réponse est aisée : en effet, ces deux forces sont suprêmes chacune dans un monde différent, l'une dans un monde métaphysique, dans celui de volonté, l'autre dans le monde physique, dans celui des actes et par conséquent, elles ne peuvent s'entredétruire. Même en disant que la force publique est au service de la volonté générale, elle ne perd pas la qualité de souveraine, puisque dans le cercle des actes de puissance, de coercition, elle reste la force supérieure à toute autre.

La souveraineté ou volonté générale réalisée par l'action de la force publique n'a ainsi pour titulaire, ni exclusivement les électeurs ou les organes du pouvoir législatif chargés d'exprimer la volonté collective, ni exclusivement les fonctionnaires d'autorité chargés d'appliquer la force publique ; mais ce sont à la fois les uns et les autres qui sont titulaires de la souveraineté, chacun pour une partie différente.

1: Voir COMBOTHÉCRA : *La force publique en tant que facteur de la loi* (Rev. gén. du droit, 1892, p. 419).

Certains auteurs allemands tels que Zorn (1) et Laband (2), distribuent même la souveraineté entre trois classes de personnes :

1^o Le propriétaire (*Inhaber*) de la souveraineté, c'est l'Etat pour eux personne morale.

2^o Le porteur (*Traeger*) de la souveraineté, qui est le monarque dans la monarchie ou le peuple dans une république.

3^o Enfin, les organes (*organ*) qui sont les différentes personnes par l'intermédiaire desquels s'exerce la volonté du *Traeger*, c'est-à-dire tous les fonctionnaires au sens le plus large du mot.

Nous ne pouvons accepter ce partage, car nous avons montré que l'Etat, en tant que puissance publique, n'est pas une personne et ainsi disparaît déjà le premier des trois titulaires dont la qualité doit fatalement être reportée sur l'un des deux autres ou même sur les deux à la fois.

Il reste donc deux classes de citoyens titulaires de la souveraineté : les *traeger* et les *organ*, c'est-à-dire les électeurs et les fonctionnaires.

On a objecté qu'il était contraire au principe de l'indivisibilité de la souveraineté, de partager cette puissance entre les organes de la volonté générale et les agents de la force publique : « La coexistence de deux souverains, possédant chacun une volonté, dit Bluntschli, détruirait l'unité de la domination de l'Etat, tout comme la coexistence de deux propriétaires d'une même chose détruirait l'unité de la propriété privée (3) ».

L'Etat est nécessairement un ; c'est même l'unité de pou-

1. ZORN : *Staatsrecht*, I, p. 89.

2. LABAND : *Deutsches Staatsrecht*, I, p. 86.

3. BLUNTSCHLI et BRATERS : *Staats-Wörterbuch*, v^o *Souveraenetaet*.

voirs qui est pour bien des auteurs, la caractéristique de l'Etat et de la souveraineté (1).

S'il existait deux titulaires de la souveraineté, l'Etat cesserait d'exister, ou plutôt il y aurait deux Etats au lieu d'un sur le même territoire. Or il ne peut exister qu'un seul Etat sur un même territoire, donc il n'y a qu'une seule souveraineté, ou plutôt la souveraineté n'a qu'un titulaire.

De plus, a-t-on dit, le droit s'oppose à un semblable partage de la souveraineté. Le fonctionnaire se trouve dans un état de dépendance vis-à-vis des organes de la volonté générale qui possèdent sur lui un droit de contrôle établi par les lois et les règlements administratifs.

Or un des attributs de la souveraineté est précisément d'être incontrôlable (2). Le fonctionnaire n'étant pas obligé exclusivement par sa propre volonté, ne peut être souverain.

Nous avons écarté d'avance ce second argument en montrant que le droit était toujours sous le contrôle de la loi et que la souveraineté de l'Etat était soumise à sa propre loi (3); donc de ce fait que le fonctionnaire ne peut agir que sous le contrôle de la loi ou même de l'autorité administrative, on n'en peut conclure qu'il ne participe pas à la souveraineté.

Quant à l'argument tiré de l'indivisibilité de la souveraineté, on peut en faire justice.

D'abord il n'est pas démontré que la souveraineté est indivisible dans son essence.

L'existence dans l'Etat de groupes politiques inférieurs, communes, départements, Etats confédérés dans un Etat fédéral, ayant un pouvoir législatif propre et une compétence générale en certaines matières dans lesquelles l'Etat n'a qu'une compétence exceptionnelle, fait admettre par beaucoup d'auteurs la possibilité d'un partage de la souverai-

1. ZORN : *op. cit.* 2^e édit., I, p. 62.

2. JELLINEK : *Staatenverbindungen*, l. c.

3. Ci-dessus p. 489 et s.

neté (1). Chacune de ces collectivités étant souveraine pour des questions d'intérêt local. On ajoute d'ailleurs, que même la souveraineté n'était pas unique dans l'Etat : la suprématie du pouvoir, qualité de la souveraineté, n'a pas une valeur absolue, et deux souverainetés peuvent coexister sans s'exclure ; il suffit qu'elles se manifestent dans des sphères d'action différentes.

C'est ainsi que des auteurs regardent à la fois comme souverains l'Etat et l'Eglise, l'un dans la sphère civile et politique, l'autre dans l'ordre religieux.

Mais en admettant même le principe de l'indivisibilité de la souveraineté, ce n'est pas la violer que d'en faire titulaires à la fois les électeurs et les fonctionnaires.

En effet, la distinction que nous avons établie entre la souveraineté immatérielle et la souveraineté matérielle, n'est autre que celle de la volonté et de l'action de l'Etat, de la substance et de l'exercice de la souveraineté. C'est toujours le même pouvoir envisagé sous deux aspects différents ; qu'elle se forme par les volontés unifiées des électeurs ou qu'elle se fasse sentir par l'action des fonctionnaires, c'est toujours la même puissance prise à deux époques différentes de sa vie.

Mais on pourrait dire que si la souveraineté n'est pas divisée par ce partage, entre les électeurs d'une part et les agents d'autre part, du moins il y a division de la souveraineté immatérielle entre les différents législateurs et de la souveraineté matérielle entre les différents fonctionnaires.

1. DE TOCQUEVILLE : *La démocratie en Amérique*, 14^e éd. 1865 ; WAITZ : *Grundzüge der Politik* ; WESTERKAMP : *Staatenbund und Bundesstaat*, Leipzig, 1892 ; LEFUR : *Etat fédéral et Confédération d'Etats*, p. 480 et s. — *Contrà* : GIERKE : (*Schmoller's Jahrbücher*, 1883, IV, p. 72) ; ZORN : (*Hirth's Annalen*, 1884, p. 482).

Quand on parle de l'indivisibilité de la souveraineté, c'est généralement de la substance même de la souveraineté, c'est-à-dire de la souveraineté immatérielle qu'il s'agit.

La substance de la souveraineté n'est pas divisée par ce fait que ce sont des sujets multiples qui expriment la volonté générale, car il n'y a jamais qu'une volonté de l'Etat.

Malgré que les organes soient multiples, l'unité sort de la pluralité, car c'est la volonté de la majorité qui devient la volonté de l'Etat. Malgré qu'elle soit en désaccord avec celle de quelques citoyens, elle existe cependant juridiquement comme la volonté du groupe, dont ils font partie.

La souveraineté matérielle n'est pas davantage partagée par ce fait que ce sont des agents multiples qui l'exercent et ont un droit propre à cet exercice. Laband n'admet pas que la souveraineté indivisible puisse avoir plusieurs « *traeger* ». Elle ne peut avoir qu'un représentant unique, le monarque ; la répartir entre divers organes indépendants, ce serait vouloir établir un partage de pouvoirs, incompatible avec l'unité de l'Etat (1).

Cette objection reproduit la confusion faite fréquemment entre l'Etat et ses organes, qui, bien que ses représentants, ne sont jamais que les parties d'un tout. L'Etat est un parce qu'il est une unité de pouvoir, parce qu'il est souverain, mais ses agents n'ont pas en leurs mains tous le pouvoir réunis, ils ne sont que partiellement souverains, ils n'ont qu'un des pouvoirs de la souveraineté.

Comme le fait remarquer Rosin (2) : « Ce qui serait un partage de pouvoir incompatible avec l'unité de l'Etat ce serait la division mécanique des fonctions publiques en plusieurs sphères séparées et l'attribution de ces différents

1. LABAND : *op. et loc. cit.*

2. ROSIN : *Souveraenetaet*, p. 146 et p. 35 et s.

pouvoirs à des organes indépendants des autres. Mais rien n'empêche l'Etat d'attribuer les fonctions à des organes différents, chargés indépendamment les uns des autres de le représenter ». Il y a ainsi pluralité dans la formation de la volonté et dans l'application de cette volonté, mais l'unité s'établit dans la substance de la souveraineté par la loi de la majorité et dans son exercice par la hiérarchie administrative et l'obéissance qu'elle entraîne.

Ainsi la souveraineté est la réunion de deux pouvoirs dont l'un immatériel constitue sa substance même et est formée par la volonté générale, dont l'autre matériel en constitue l'exercice sous la forme de la force publique.

Envisagée dans sa substance, la souveraineté appartient aux citoyens de l'Etat dans une démocratie, au roi dans une monarchie absolue, et aux seigneurs sous un régime féodal. « Puissance publique en propriété est seigneurie, dit Fleury, en exercice est office ou commission » (1). « Le roi est propriétaire de la puissance publique..... il souffre que les seigneurs en gardent quelque partie au propriété..... office est le droit d'exercer la puissance publique à vie (2) », mais « exercice pour un temps est commission (3) ». Telle est bien la conception de tout notre droit ; cette distinction de l'exercice et de la substance, que des auteurs allemands modernes ont présentée en droit international à propos des Etats fédéraux comme une nouveauté (4), n'est en réalité que la reproduction des théories de nos anciens auteurs

1. FLEURY *Droit public*, p. 9. Cf. LOYSEAU : *Des offices*, liv. II, ch. I, n° 18, p. 186.

2. *Id.*, p. 31.

3. *Id.*, p. 38.

4. GIERKE (*Schmoller's Jahrbücher*, 1883, IV, p. 72) croit inventer cette distinction en montrant que les membres des Etats fédéraux ne participent qu'à l'exercice et ceux des confédérations d'Etats à la fois à l'exercice et à la substance de la souveraineté. Cf. :

en matière d'office et de commission. Pour eux le souverain, c'est le roi ; « la pleine propriété du commandement est inséparable du prince souverain » (1) ; mais l'officier ou le commissaire a un « droit propre » (2) à participer à cette puissance publique (3) et devient ainsi un « membre de l'Etat (4) » nous disons aujourd'hui un organe.

Le fonctionnaire a un pouvoir propre à cet exercice, parce que « il ne peut céder son commandement ou sa juridiction ni même régulièrement toute autre puissance publique à un autre » (5) et que lui seul a le droit de l'exercer. Mais ce n'est bien là que l'exercice d'un pouvoir qui a son fondement dans les prérogatives d'un autre individu.

C'est pourquoi les jugements sont rendus « au nom du peuple français », comme les décrets et arrêtés visent la loi en vertu de laquelle ils sont établis. C'est ce qu'exprimait déjà Loyseau en-disant : « c'est pourquoi il faut que les sentences des juges soient scellées du scel du roy ou du seigneur auquel appartient la justice en propriété et non de celui du juge ; le sergent exécuteur du scel ne fait pas commandement de par le juge mais de par le roy ou de par le seigneur de justice ; et quand le juge fait des proclamations ou affiches publiques c'est toujours de par le roy ou

LABAND : *Staatsrecht*, I, p. 55 et s. ; ZORN : *Staatsrecht*, I, p. 87 et s. ; BOREL : *op. cit.*, p. 155 et s., p. 173 ; LEFUR : *Etat fédéral et confédération d'Etats*, p. 596.

1. LOYSEAU : *op. cit.*, liv. II, ch. I, n° 18, p. 186.

2. LOYSEAU : *op. cit.*, liv. I, ch. VI, p. 67. § 10.

3. LOYSEAU : *op. et loc. cit.*, § 10 : « J'ai donc mis à bon droit la puissance publique des officiers comme leur première prérogative car outre qu'elle leur est *propre* et ne peut appartenir qu'à eux, qu'y a-t-il de plus haut et de plus important que de représenter la personne du monarque, parler de par luy, bref de *participer* à cette puissance publique ».

4. LOYSEAU : *op. cit.*, liv. I, ch. X. § 53, p. 127.

5. LOYSEAU : *op. cit.*, liv. II, chap. I, p. 186, n° 21

de par le seigneur de justice et non de par lui-même parce qu'il n'a que l'*exercice* du commandement et que c'est le roy ou le seigneur justicier qui en a la *propriété* (1).

En effet « nous tenons avec juste raison que la pleine *propriété* du commandement est inséparable du prince souverain qui n'en transfère que le simple *exercice* à ses magistrats ainsi que le soleil ne transfère la propriété et essence de sa lumière aux choses sur lesquelles il darde ses rayons ».

Notre conception n'est pas différente ; la souveraineté n'est plus au roi mais à la nation, le citoyen et non l'Etat est titulaire de la fonction de souveraineté dans sa substance même c'est-à-dire dans la formation de la volonté générale ; le fonctionnaire d'autorité est titulaire de la fonction de souveraineté dans son exercice, c'est-à-dire dans l'application directe de la puissance publique aux administrés ; le premier participe directement ou indirectement à la fonction législative, le second participe à la fonction exécutive ; l'un et l'autre sont dans des sphères différentes des organes de la souveraineté.

SECTION III

L'état du fonctionnaire et ses garanties légales.

Nous avons dit que la puissance publique n'était pas un intérêt et par conséquent ne pouvait être l'objet d'un droit : le fonctionnaire d'autorité pas plus que l'Etat, pour ceux qui le personnifient, n'a donc de droits de puissance publique ; il n'a pas un droit sur le pouvoir que lui confère la fonction.

Mais il n'en est pas de même des avantages que peut

1. LOYSEAU : *Des offices*, liv. II, ch. 1 n° 21, p. 186.

entraîner la fonction, et dont le principal est le traitement. Ce dernier par exemple constitue bien un intérêt pécuniaire qui peut être la base d'un droit. Le déplacement, la révocation, les promotions entraînent des conséquences qui touchent aux intérêts du fonctionnaire ; si des règles légales sont établies pour éviter la lésion de ces intérêts, si des actions permettent de demander l'application de ces règles de droit en faveur du fonctionnaire, l'intérêt est, suivant l'expression de Ihering, juridiquement protégé, c'est-à-dire qu'il devient un droit. L'état légal du fonctionnaire peut donc constituer pour lui un droit.

Nous devons donc examiner si les conditions précédentes se réalisent dans la fonction publique d'autorité.

Deux systèmes différents ont été présentés : l'un qui fut celui de notre jurisprudence dans le premier tiers du XIX^e siècle, fait de l'état du fonctionnaire un avantage légal non sanctionné par une action que l'individu peut mettre en mouvement, c'est ce que les Allemands appellent un « droit reflet » et les Italiens « un intérêt juridique » ; l'autre au contraire admis par notre jurisprudence actuelle, permet au fonctionnaire de faire valoir ses intérêts devant la juridiction administrative, c'est la théorie du droit subjectif.

1^o *Théorie du droit reflet.* — Un droit reflet, c'est un avantage dont l'individu jouit passivement par un effet de la législation objective mais sans avoir de moyen juridique pour obtenir l'observation de cette loi (1). Ainsi le producteur de blé a un droit reflet à l'observation de la loi douanière qui met un impôt de sept francs par quintal sur les blés étrangers qui entrent en France ; il a en effet intérêt au

1. IHERING : *Esprit du droit romain*, III, trad. Meulenaere, p. 327-328 ; JELLINEK : *System*, p. 64.

paiement de cette taxe par l'importateur car elle fait hausser le prix de vente de son grain ; mais il ne peut cependant attaquer devant une juridiction quelconque ni l'Etat qui n'a pas perçu la taxe, ni l'importateur qui ne l'a pas payée. Il n'y a pas d'action contre la puissance publique qui ne lèse pas un intérêt direct et personnel, même dans la jurisprudence française.

Il en était de même autrefois pour la fonction publique ; le fonctionnaire ne jouirait de ses avantages que par un reflet des lois organisatrices des services publics sans avoir une action directe pour en obtenir leur prestation.

Pendant longtemps le Conseil d'Etat a refusé d'admettre des recours contre des nominations ou des révocations illégales de fonctionnaires : une ancienne jurisprudence a décidé que des révocations d'officiers ministériels ne pouvaient être attaquées devant le Conseil d'Etat pour violation des formes de la loi (1) ; le conseil a même puni les avocats introduisant des pouvoirs contre des actes de cette nature (art. 49, décret 22 juillet 1806) (2).

La nomination crée un avantage pour le fonctionnaire ; celui-ci en jouit en vertu de la loi et du décret qui l'a

1. Conseil d'Etat, 10 décembre 1846 ,D, 47. 3. 66 ; 9 août 1849 D. 49. 3. 50.

2. Un arrêt du 13 mars 1822 (De Courso) condamne M^e Dejean, avocat, à 10 francs d'amende pour avoir formé un recours au nom du colonel de Courso contre une décision du ministre de la guerre refusant de le réintégrer dans son grade : « Considérant que les réclamations du sieur de Courso ont pour cause ou pour objet la concession de grades ou emplois militaires et ne sont susceptibles sous aucun rapport d'être introduites par la voie contentieuse... » Des arrêts du 10 août 1825 et 23 novembre 1825 infligent aux avocats des amendes de 30 à 50 francs pour recours formés contre des nominations de fonctionnaires « considérant que l'exercice du droit de nomination à un emploi public ne peut dans aucun cas donner lieu à un pourvoi devant nous par la voie contentieuse... »

nommé. Mais cet avantage n'est pas juridiquement garanti par une action contre l'Etat. Le fonctionnaire peut être révoqué arbitrairement, il sera privé de sa fonction, de l'avantage que lui conférerait la loi ; son intérêt personnel sera lésé et cependant il n'aura pas de recours ; il y a des lois d'organisation administrative qui obligent l'administration sans que le fonctionnaire ait un moyen juridique de s'en prévaloir.

Le fonctionnaire n'a donc sur sa fonction qu'un « droit reflet » ou un « intérêt juridique », comme l'agriculteur a droit à ce que l'importateur de blé paie la taxe d'entrée sans cependant pouvoir obliger l'Etat à la percevoir. En effet, d'une part, dit-on, le fonctionnaire est nommé et révoqué, par décret ou arrêté, c'est-à-dire par un acte unilatéral de puissance publique ; d'autre part la nomination ou la révocation de la plupart des fonctionnaires se font en vertu des règlements d'administration publique qu'elles énumèrent dans leur visa.

Or seule la loi crée des droits. Donc l'acte unilatéral de puissance qui nomme le fonctionnaire, le règlement d'administration publique en vertu duquel il exerce sa fonction et jouit des avantages qui y sont attachés ne peuvent faire naître aucun droit à son profit. Ce sont là des « monologues » de l'administration, des règles qu'elle s'impose à elle-même, dans sa gestion intérieure ; ce n'est que du droit objectif, le fonctionnaire ne peut l'invoquer directement, il ne profite des avantages créés par loi d'organisation administrative qu'indirectement, par reflet.

Cette argumentation peut se soutenir en Allemagne où le règlement ne crée pas de droits en faveur de l'administré ; mais la jurisprudence française au contraire est partie d'un système opposé et a de bonne heure assimilé la loi et le règlement d'administration à ce point de vue ; l'un et l'autre

peuvent créer des droits subjectifs garantis par une action : « La violation de la loi, dit M. Laferrière doit s'entendre de la violation de toute prescription légalement obligatoire pour l'administration qu'elle résulte d'une loi proprement dite ou d'un acte ayant force de loi (1) ».

La loi elle-même a confirmé cette jurisprudence car elle a mainte fois admis un recours basé « sur la violation de la loi ou d'un règlement d'administration publique » en particulier dans la loi départementale du 10 août 1871 (a. 47 et 81), dans la loi municipale du 5 avril 1884 (a. 63) qui n'ont fait que reproduire la loi du 18 juillet 1866.

D'autre part, la jurisprudence administrative, par la procédure du recours pour excès de pouvoir, admettant l'annulation des actes unilatéraux de puissance publique nommant ou révoquant les fonctionnaires, a apporté une sanction juridique aux avantages dont ils jouissaient et en a fait des droits.

2° *Théorie du droit subjectif.* — Des droits subjectifs *peuvent* donc être créés par un acte et un règlement d'administration.

On déclare toutefois que si des droits peuvent être créés par des arrêtés, ils ne sauraient cependant l'être contre la puissance publique. En effet, toute action, pour Gerber, est à la fois contre le défendeur et contre l'Etat ; contre le défendeur, le demandeur exerce le droit subjectif ; contre l'Etat il exerce le droit à la protection juridique, c'est-à-dire le droit de faire sanctionner par la force publique son droit subjectif contre l'adversaire. Mais quand l'Etat est lui-même l'adversaire, il n'est aucune force supérieure

1. JELLINEK : *System*, p. 317.

2. LAFERRIÈRE : *op. cit.*, II, p. 536 : Cf. HAURIU : *Précis*, p. 317.

qui puisse le contraindre à exécuter la condamnation qui serait prononcée contre lui ; donc il n'y a plus de droit pour le demandeur, il n'y a que du droit objectif et non des droits subjectifs, et ce que l'on désigne sous ce nom ne sont que des reflets du droit objectif. Il en est ainsi de la fonction publique ; quand le fonctionnaire se voit concéder par un décret ou un arrêté, une fonction publique, ce n'est pas un droit dont il devient le titulaire, c'est une règle de droit objectif qu'il réalisera en exerçant sa fonction (1).

Cette théorie conduit simplement à la négation de tout le droit. Pour Gerber, il ne devrait exister logiquement aucun droit subjectif, si dans tout droit subjectif il y a outre le droit contre le défendeur, un droit contre l'Etat à la protection juridique, comment expliquer cette dernière prérogative (2). Le citoyen n'aurait ainsi aucun droit, il ne serait plus une personne juridique, puisque ce qui fait la personne c'est la qualité de titulaire de droit.

Mais nous avons déjà montré en critiquant la théorie de Jellinek sur le droit propre incontrôlable que la relation de fonctionnaire à Etat est au contraire sous le contrôle du Droit et que la puissance publique peut ne pas l'établir, mais quand elle l'a fixée, elle ne peut s'y soustraire sans se mettre en contradiction avec elle-même.

C'est l'application de ce principe que nous devons faire à la fonction publique.

a) *Les fonctionnaires ont des garanties spéciales.* — On reconnaît déjà à peu près unanimement que le fonctionnaire inamovible a un droit subjectif sur les avantages de sa fonction, parce que ceux-ci sont juridiquement garantis.

1. LONGO : *Teoria dei diritti pubblici subiettivi*, p. 9 ; Cf. GERBER : *op. cit.*, éd. 1880, III, p. 34, § 11.

2. BARTHÉLEMY : *op. cit.*, p. 54.

On le constate pour la nomination, la révocation, le déplacement.

Nomination. — Toutes les nominations sont soumises à des conditions légales d'âge, de grades universitaires, de concours, etc. Tout citoyen qui verrait sa candidature écartée, tout concurrent qui ne serait pas admis à subir le concours alors qu'il réunit les conditions légales a un intérêt personnel suffisant pour être recevable à former un recours pour excès de pouvoir contre la décision qui le frappe (1).

A plus forte raison le candidat qui a participé aux épreuves et qui n'a pas été admis est recevable à attaquer les nominations de concurrents faites en violation des règles du concours (2).

Déplacement. — Le déplacement entraîne généralement des frais considérables pour le fonctionnaire, surtout quand il est chargé de famille. Quand il est déplacé au mépris des règles légales de son état, il a donc un intérêt direct à formuler contre la décision qui le déplace un recours pour excès de pouvoir. Seulement la mutation étant généralement un simple ordre de service qui n'est astreint à aucune forme, il y aura rarement un recours. Celui-ci ne pourra être produit que par les fonctionnaires privilégiés qui sont inamovibles, par les membres de la magistrature assise et par les professeurs de l'enseignement supérieur et secondaire.

Les premiers ne peuvent être déplacés, même pour un emploi équivalent, que sur l'avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature (3).

1. HAURIOU : *op. cit.*, p. 191.

2. *Conseil d'Etat* : 16 novembre 1894 ; *Brault* ; S., 96. 3. 65, note HAURIOU. Voir les conclusions du commissaire du gouvernement.

3. Loi 30 août 1883, a. 13-16.

Celui-ci ne peut être saisi que par le garde des sceaux et il ne doit statuer ou donner son avis qu'après que le magistrat aura été entendu ou dûment appelé.

Les seconds ne peuvent être appelés à une autre chaire inférieure par le ministre qu'après avis conforme du Conseil supérieur de l'Instruction publique (1); ils peuvent être déplacés pour un emploi équivalent par le ministre après avis conforme de la section permanente du Conseil supérieur et avoir été entendu par elle (2). Pour les professeurs de l'enseignement secondaire il suffit de l'avis de la section permanente pour la mutation pour emploi inférieur alors même qu'il ne serait pas conforme (3); nul avis n'est nécessaire pour la mutation pour emploi équivalent.

Classement et avancement. — Le classement et l'avancement servent de base aux augmentations de traitement : c'est là un intérêt direct qui justifie le recours du fonctionnaire contre l'omission ou la violation des règles qui touchent à son état légal. Ainsi ces décisions qui touchent à l'avancement légal des officiers (4) des membres de l'enseignement supérieur (5) et secondaire (6), des instituteurs primaires (7), etc., sont exposées à des recours pour excès du pouvoir.

Suspensions, mises à la retraite, révocations. — Ces actes sont également astreints à des conditions de forme ; ils doivent être accomplis par l'autorité qui a fait la nomination et en la même forme (8). Leurs conditions sont même

1. Loi 27 février 1880, a. 14.

2. Loi 28 décembre 1885, a. 34.

3. Loi 27 février 1880, a. 14.

4. Loi 19 mai 1834.

5. Décret 12 février 1881.

6. Décret 16 juillet 1887.

7. Loi 19 juillet 1889, a. 6 et loi 25 juillet 1893.

8. Conseil d'Etat, 21 avril 1893. *Zikel*.

strictement déterminées ; l'intérêt lésé est assez fort pour justifier le recours pour excès de pouvoir.

Ainsi les officiers ne peuvent perdre un grade que sur l'avis conforme d'un conseil d'enquête ; les magistrats que sur l'avis conforme du conseil supérieur de la magistrature ; les professeurs de l'enseignement supérieur ne peuvent être révoqués ou suspendus que par jugement du Conseil de l'Université confirmé en appel par le Conseil supérieur de l'Instruction publique dont la décision doit être prise aux deux tiers des suffrages (1). Ils ne peuvent être mis d'office à la retraite avant 70 ans, sauf sur leur demande ou en cas d'impossibilité de remplir leurs fonctions constatée par la section permanente du Conseil supérieur de l'Instruction publique (2).

La violation de toutes ces règles constituant en même temps une atteinte aux intérêts de l'agent motive suffisamment un recours pour excès de pouvoir.

— La jurisprudence grâce au développement qu'elle a donné à ce recours, en a fait maintes applications à des révocations d'officiers prononcées sans l'avis préalable et conforme du Conseil d'enquête (3).

De même une nomination ne peut être rapportée sous

1. Loi 27 février 1880, a. 7, modifié par la loi du 10 juillet 1896, a. 3. Cependant le ministre peut suspendre pendant un an. L. 1880, a. 15.

2. Décret 4 novembre 1882, a. 1 ; D., 28 décembre 1885, a. 39. Comparez l'art. 4 de la loi du 25 février 1875 pour les conseillers d'Etat ; les décrets du 13 octobre 1851, art. 25 et du 25 25 décembre 1851, art. 24, pour les ingénieurs des mines et des ponts et chaussées.

3. Conseil d'Etat, 21 mai 1840, *Tirlet* ; 23 juin 1841, *Darthésé* ; 23 décembre 1842, *Fontan* ; 11 décembre 1848, *Hélie* ; 21 avril 1853, *Rigollot* ; 26 juin 1869, *Lallier* ; 23 mars 1872, *Pichon* ; 28 décembre 1877, *West* ; 22 juillet 1881, *Thile* ; 9 mars 1894, *Layrle*, etc,

prétexte que l'officier a démérité (1). Une mise en réforme en dehors des cas légaux est annulable (2). On a soutenu avec raison et appliqué cette règle que l'omission d'un officier dans une promotion à l'ancienneté était susceptible d'être attaquée (3).

Tous les fonctionnaires qui ont un état peuvent diriger, contre les décisions qui leur porteraient atteinte un recours pour excès de pouvoir du chef de la violation de la loi (4). Or ce recours est la garantie d'un droit : « la violation de la loi dit M. Laferrière (5) n'est un moyen d'annulation que si elle constitue en même temps une atteinte à un droit ». S'il y a recours pour excès de pouvoir du chef de violation de la loi et du droit acquis, c'est qu'il y a pour celui qui l'intente un droit acquis, un intérêt juridiquement protégé par cette action aux mains du titulaire de l'intérêt, c'est-à-dire un droit subjectif.

On peut en dire autant de tous les fonctionnaires qui ont un état ; les lois et décrets organisant ces fonctions confèrent un droit subjectif ; si ces lois sont violées par une révocation arbitraire, le Conseil d'Etat annulera l'arrêté de révocation pour excès de pouvoir (6). Le conseil d'Etat va

1. Conseil d'Etat, 13 mai 1852, *Mercier*.

2. A. 12, loi du 19 mai 1834.

3. Conseil d'Etat, 20 mars 1862, *Petit* (dans les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Robert) ; Conseil d'Etat 30 juillet 1840, *Périès* ; 24 juillet 1874, *Caillet*.

4. Conseil d'Etat, 13 mai 1852 : « La décision qui annule la nomination n'est fondée sur aucune des causes déterminées par la loi dès lors elle a été rendue en violation de celle-ci. » Cf. Conseil d'Etat, 20 mai 1887, *Murat*.

5. LAFERRIÈRE : *op. cit.*, II. p. 532.

6. Conseil d'Etat, 6 mars 1898 et 24 février 1899, S., 99. 3. 105, 1^{re} espèce : « Considérant que le sieur Fontin a été relevé de ses fonctions sans qu'il eut été conformément aux prescriptions de l'a. 34 du décret du 7 avril 1896 entendu dans ses moyens de défense

même plus loin : il casse tous actes administratifs produisant vis-à-vis du fonctionnaire les mêmes effets que la révocation parce que ce sont des révocations déguisées : c'est ainsi qu'il a annulé, parce que ces actes étaient pris en dehors des formes légales de la révocation un arrêté ministériel « relevant de ses fonctions » un bibliothécaire du ministère de la marine (1), une mise à la retraite prématurée (2), une suspension illégale (3), une mise à la retraite d'office sans l'avis des conseils administratifs, avis exigé par la loi (4).

b) Les fonctionnaires n'ont pas de garanties spéciales.—Peut-on en dire autant des fonctionnaires qui n'ont pas d'état ? On l'a nié : la nomination et la révocation des fonctionnaires, lorsqu'il n'existe pas de lois qui fixent l'état de ceux-ci et leurs droits à l'avancement, constituent un acte de pure administration ; l'administration les accomplit avec un pouvoir de libre appréciation « afin de pourvoir aux intérêts généraux ou particuliers et non pour satisfaire à des droits (5) ».

Des recours, formés contre des actes de cette nature, étaient autrefois écartés par une fin de non recevoir parce que ces actes ne sont pas de nature à être déférés par la voie contentieuse » (6). Le Conseil d'Etat appliquait le même

ou dûment appelé, ni que le conseil des directeurs eut été invité à donner son avis... »

1. Conseil d'Etat, 6 mars 1898, précité.

2. Conseil d'Etat, 9 juin 1882. Lebon. p. 555.

3. Conseil d'Etat, 19 novembre 1897, S., 98. 3. 113.

4. Conseil d'Etat, 24 février 1899, S., 99. 3. 501 (aff. Viaud) (Pierre Loti).

5. Voir LAFERRIÈRE : *op. cit.*, II, p. 423, D. J. G., v^o Conseil d'Etat, n^o 92.

6. LAFERRIÈRE : *op. cit.*, II, p. 424 ; Cf. HAURIOU : Note dans S., 1892, 3, 17 et s. ; Conseil d'Etat, 5 décembre 1873. Lebon,

principe au remplacement de membres d'un conseil de fabrique (1) par le préfet malgré des violations flagrantes de la loi.

Mais ces solutions sont aujourd'hui repoussées.

On a d'abord apporté une restriction à cette irrecevabilité en reconnaissant qu'il peut y avoir recours pour incompétence, si l'acte émane d'une autorité autre que celle qui peut nommer le fonctionnaire. Le Conseil d'Etat semble encore parfois se contenter de ce fait qu'une autorité compétente a prononcé la révocation pour écarter tout recours : « attendu dit-il a propos de l'affaire Cadot, que le maire en supprimant d'emploi (ce qui n'était qu'une révocation déguisée) n'a fait qu'un *acte rentrant dans ses attributions* et qui n'a pu ouvrir au requérant un droit à indemnité... » (2).

En Italie, cette théorie a passé dans la jurisprudence : alors qu'on admet le recours pour excès de pouvoir contre les révocations de fonctionnaires inamovibles, on la refuse aux fonctionnaires amovibles illégalement révoqués sauf pour le cas d'incompétence : « Bien différente, dit un auteur (3) est la condition du fonctionnaire arbitrairement déplacé de celle de l'employé amovible déplacé sans l'observation des formes prescrites ; dans le premier cas l'inobservation du droit objectif est nécessairement accompagné, de la *violation du droit individuel* ; dans le second cas l'inobservation du droit objectif suppose seulement *la violation d'un intérêt, d'un avantage* à l'observation de la loi » . Ainsi seuls les fonctionnaires inamovibles auraient un

p. 909 ; Conseil d'Etat, 18 février 1829 ; 10 janvier 1867 ; 17 et 31 janvier 1870, D. 79. 3. 46 ; 28 novembre 1879, D., 80. 3. 51 ; 9 décembre 1879, D. 80. 3. 9 ; 14 décembre 1883, D., 85. 3. 75.

1. Conseil d'Etat, 21 juillet 1849, D. 50. 3. 2.

2. Conseil d'Etat, 13 décembre 1889, S., 92. 3. 17 ; 31 janvier 1879, D. 79. 3. 46 ; 28 novembre 1879, D., 80. 3. 51.

3. Dans l'*Archivio Giuridico*, 1897, p. 46.

droit aux avantages de leur fonction, les fonctionnaires amovibles ne jouiraient d'aucun droit, mais seulement d'un intérêt qui ne peut devenir un droit parce qu'il n'a pas la protection juridique du recours pour excès de pouvoir.

Cette distinction peut être justifiée en Italie ; encore est-elle loin d'être absolue car d'après la loi municipale et provinciale du 10 février 1889 (1), c'est non pas le maire, comme en France (2) mais le Conseil municipal qui nomme, suspend, révoque les employés municipaux, et il y a pour ceux-ci un recours contentieux devant la junta provinciale (3).

En France, cette distinction serait inexacte, on n'a pas établi un régime différent pour les employés et les fonctionnaires nous l'avons vu, il n'y a pas de distinction dans la nature de leur état entre les fonctionnaires inamovibles et les fonctionnaires amovibles, il n'y a qu'une différence de degré.

Il n'existe pas à proprement parler d'actes de pure administration au sens qu'on veut donner à cette expression. Des décisions telles que la nomination et la révocation des fonctionnaires d'autorité, à raison de leur caractère facultatif et discrétionnaire le plus souvent ne sont pas soumis à des règles légales très nombreuses et par conséquent les cas d'illégalité sont très restreints, par suite il y a rarement lieu d'admettre le recours pour excès de pouvoir, souvent il n'y a guère que celui d'incompétence.

Mais le principe n'en subsiste pas moins d'une façon absolue : « Si l'acte émané de l'autorité exécutive dit Serrigny (4) est l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire qui lui

1. Loi 10 février 1889, a. 111, § 2.

2. Loi, 5 avril 1884, a. 88.

3. Loi 1^{er} mai, 1890, a. 2, § 12.

4. SERRIGNY : *op. cit.*, I, p 35 et s.

est confié, il est de pure administration ; mais l'omission ou la violation des formes établies par la loi ou les règlements suffit en général pour faire passer un acte de pure administration dans la catégorie des actes qui donnent ouverture à la voie contentieuse (1). »

Aussi le Conseil d'Etat dans des actes de cette nature a maintes fois admis des recours en annulation en se déclarant inapte à discuter les motifs de l'acte de puissance publique, mais compétent pour discuter sa légalité. A propos de la révocation d'un médecin de l'assistance publique par arrêté préfectoral il déclare que « le requérant n'est pas fondé à contester qu'il appartient au préfet de procéder à son remplacement en *observant les mêmes formes...* et qu'il n'est pas recevable à discuter devant le Conseil d'Etat les *motifs* de cette mesure de pure administration » (2).

Qu'on n'objecte pas que le recours fait défaut quand il s'agit de règles imposées au service auquel appartient le fonctionnaire et qui même illégales ne peuvent être attaquées. En effet, si par exemple le ministre de la guerre impose aux officiers le port de l'uniforme dans la rue, modifie cet uniforme, les insignes du grade, il n'y a pas de recours possible de la part des intéressés : cela tient à ce que ceux-ci n'ont pas qualité pour défendre la légalité méconnue ; ils n'y ont pas un intérêt propre et personnel suffisant (3). De même il n'y a pas lieu d'admettre le recours formé par les juges d'un tribunal, les professeurs d'une faculté attaquant

1. Cf. DALLOZ : *Jur. gén.*, v. *Conseil d'Etat*, n^o 74 : « Remarquons que les actes de *pure administration* peuvent être déférés au conseil d'Etat par voie contentieuse lorsque le fonctionnaire dont ils émanent ne s'est pas renfermé dans les limites des lois et règlements ».

2. Cf. Conseil d'Etat, 25 novembre 1892. Schwolbach.

3. Cet intérêt est nécessaire pour intenter le recours pour excès de pouvoir (LAFERRIÈRE : *op. cit.*, II, p. 436 et s.)

le décret de nomination d'un magistrat, d'un professeur même irrégulier en la forme, ou encore des arrêtés ministériels fixant l'ouverture d'un concours en vue de pourvoir à des places vacantes (1) parce que l'auteur du recours n'est pas atteint dans son droit propre sur les avantages de la fonction.

Mais il y a des cas où des recours sont admis de la part des fonctionnaires n'ayant pas d'état.

La discipline hiérarchique ne s'oppose pas à ce qu'un recours de l'inférieur soit admis contre la décision du supérieur qui viole la loi et les droits du premier (2). Si celui-ci ne peut demander l'annulation d'une décision d'ordre administratif réformant ses actes, si le maire ne peut faire annuler une décision du préfet qui suspend son arrêté (3) parce qu'il n'a pas à l'exécution de sa décision un intérêt direct et personnel, le recours est au contraire admis dès que son auteur justifie de cet intérêt. Mais comme souvent pour la révocation de ces agents aucune forme, aucune condition légale n'est nécessaire, le recours ne pourra être admis que dans le cas où la révocation aura été prononcée par une autorité incompétente.

Des cas assez nombreux cependant se sont présentés en dehors de cette hypothèse et de plus en plus le conseil d'Etat développant sa jurisprudence a étendu l'admission du recours pour excès de pouvoir. Il a ainsi obligé l'Etat à investir un candidat de l'emploi pour lequel il avait subi avec succès un concours (4), un préfet à nommer le préposé en chef de l'octroi parmi les trois candidats présentés par le maire (5)

1. Conseil d'Etat, 23 octobre 1835, *Bugnet*; 7 mars 1849, *Bidard*; 7 juillet 1763, *Bonnet*.

2. LAFERRIÈRE : *p. cit.*, II, p. 446.

3. Dans le cas des a. 92-95 de la loi de 1884.

4. Conseil d'Etat, 21 mars 1873, D., 73. 3. 85.

5. Conseil d'Etat, 17 février 1882, D., 83. 3. 53.

à agréer un instituteur-adjoint désigné par l'instituteur sous le régime de l'article 34 de la loi du 15 mars 1850 et de l'art. 8 de la loi du 15 juin 1854 (1).

On voit encore le Conseil d'Etat admettre le recours pour excès de pouvoir contre le refus de la part d'un sous-préfet d'agréer un individu comme garde-chasse (2) ou la révocation d'un garde déjà agréé (3).

Aussi successivement l'incompétence, la violation des formes, la violation des lois et règlements établissant l'avancement au choix ou à l'ancienneté, ont donné ouverture du recours pour excès de pouvoir.

Il y a donc pour tout fonctionnaire un moyen juridique d'exiger à son avantage l'observation de la loi ; mais, comme le régime légal de chaque fonction est plus ou moins étendu, comprend plus ou moins de règles impératives, il en résulte que le fonctionnaire a d'autant plus de garanties que le droit objectif de la fonction est plus complet.

Il y a cependant une garantie nouvelle qui n'a pas encore reçu toute l'extension dont elle est susceptible, et qui ne dépend pas directement du droit objectif. Elle est commune à tous les fonctionnaires d'autorité, à ceux qui ont un état légal très développé comme à ceux qui n'ont que l'état légal dérivant des lois générales de l'administration.

C'est celle du recours pour détournement de pouvoir. Le recours pour excès de pouvoir en arguant de l'incompétence, de la violation des formes, de la violation de la loi n'est ouvert que quand l'illégalité est matériellement consta-

1. Conseil d'Etat, 21 mai 1880, D. 80. 3. 100.

2. Par application des a. 4, loi 20 messidor an III et a. 9 loi 28 pluviôse an VIII (Conseil d'Etat, 13 décembre 1878, D. 79. 3. 105).

3. Conseil d'Etat, 13 juin 1879, D. 79. 3. 105 ; 23 janvier 1880, D. 80. 3. 62 ; 12 mai 1882, D. 83. 5. 278 ; 23 nov. 1885, D. 85, 5^e partie ; 30 mai 1884, Lebon, p. 467.

tée quand, par exemple, un agent de police est révoqué par le maire alors que seul le préfet peut prononcer la révocation.

Le recours pour détournement de pouvoir ouvre un champ bien plus vaste à la protection juridique : il permet de faire annuler l'acte matériellement légal, mais inspiré par des motifs qui ne sont pas ceux sur lesquels la loi est basée. Le détournement de pouvoir constitue une nouvelle sorte d'illégalité qui peut entacher un acte discrétionnaire.

Il suffit que le fonctionnaire ait intérêt à invoquer ce détournement de pouvoir, à prouver, par exemple, qu'il a été privé de son emploi par un acte de puissance publique qui n'avait d'autre but que l'intérêt financier de l'Etat ou de la commune.

Nous pensons que cette garantie du recours pour détournement de pouvoir est encore susceptible d'être étendue : des révocations prononcées pour des motifs autres que l'intérêt du service public pourraient être susceptibles d'annulation, lorsque ces motifs ressortent des documents présentés par l'administration elle-même.

Ainsi l'intérêt de tous les fonctionnaires est protégé par la loi qui met un recours à leur disposition ; ce recours étant fondé sur l'inobservation des règles légales qui constituent l'état du fonctionnaire, il en résulte que plus ces règles sont nombreuses plus le fonctionnaire a de causes de recours, plus il a de droits ; mais il n'y a qu'une question de degré ; tous les fonctionnaires ont un intérêt direct et personnel au respect de la légalité à leur avantage et par suite peuvent intenter ces recours ; ils ont tous un droit subjectif sur les avantages de leur fonction.

Tous les fonctionnaires d'autorité ont ainsi un état légal plus ou moins développé : la loi aurait pu établir des garanties plus nombreuses par des règles plus détaillées qui

auraient motivé en cas de violation, de nouveaux recours pour excès de pouvoir (1).

Elle ne l'a pas fait. C'est que les fonctionnaires de gestion peuvent avoir d'autres garanties, résultant de leur situation contractuelle; et d'autre part les agents de la puissance publique doivent rester les serviteurs dociles du gouvernement.

D'ailleurs ce que la loi n'a pas fait, la jurisprudence l'a établi par le développement graduel du recours pour excès de pouvoir. Nulle part mieux qu'en France la garantie de la légalité est assurée. Le fonctionnaire d'autorité ne peut demander davantage : au point de vue de l'intérêt général la garantie que lui offre l'état légal est préférable à celle que lui donnerait une théorie contractuelle, dont les conséquences entraveraient l'action de la puissance publique, fonction essentielle de l'Etat (1).

3° *Des projets ayant pour but de donner un état légal à tous les fonctionnaires.*

On a cherché cependant par la voie législative à étendre les garanties dont jouissent les fonctionnaires privilégiés à

1. M. HAURIOU estime que les garanties des fonctionnaires sont difficilement susceptibles d'extension par la voie de la jurisprudence. Il pose en principe le droit absolu de l'Etat pour la police des fonctionnaires (note sous Conseil d'Etat, 8 décembre 1899, S., 1900. 3. 41-42, *Grenet*), car seul il est consacré par la loi, tandis que l'état du fonctionnaire n'est pas consacré comme un principe. Il désire cependant faire accorder au fonctionnaire une indemnité lorsque cet agent subit un préjudice immérité (*La gestion administrative*, p. 10 et S. 1900. 3. 42, 1^{re} colonne); mais il estime que les garanties du fonctionnaire doivent être interprétées restrictivement (*Cf.* Conseil supérieur de l'Instruction publique, 26 décembre 1885, aff. Hisette dans SCHMIDT : *Les arrêts du Conseil supérieur de l'Instruction publique*; et 12 février 1898; *op. cit.*, p. 134).

d'autres agents. Le législateur a pensé qu'il ne pouvait le faire pour les fonctionnaires d'autorité qui doivent être dans une dépendance très étroite vis-à-vis du gouvernement ; il n'a généralement proposé la création d'un état légal avec garanties spéciales que pour des fonctionnaires de gestion. Aussi cette partie de notre examen trouverait-elle plutôt sa place dans l'étude des fonctions de gestion.

Cependant comme ces règles constituent un état légal commun à tous les fonctionnaires et qui est la seule garantie dont puissent jouir les fonctionnaires d'autorité, nous pensons qu'il convient mieux d'en traiter à cette place.

Les différents projets qui ont été présentés ont trait surtout à l'avancement des fonctionnaires ; on n'a pas osé dans tous les cas apporter de restriction au droit absolu de révocation du ministre. Des projets assez récents ont cependant abordé ce point.

D'autre part, l'établissement de règles aussi délicates plaçant le législateur entre la crainte de porter atteinte au pouvoir disciplinaire de l'autorité supérieure et le désir de conférer plus de garanties aux fonctionnaires, les projets législatifs n'ont jamais posé que des principes généraux ; souvent même ils n'ont été qu'une invitation adressée au gouvernement à rendre des règlements d'administration publique réglant la situation légale et l'avancement des fonctionnaires.

En 1843, M. Bignon, à la Chambre des députés, au nom de la Commission du budget de 1844, dont il était rapporteur, proposa d'ajouter à la loi de finances un article ainsi conçu : « avant le 1^{er} janvier 1845, l'organisation centrale de chaque ministère sera réglée par une ordonnance royale insérée au *Bulletin des lois*. Aucune modification n'y pourra être apportée que dans la même forme et avec la même

publicité » (1). Le gouvernement ne répondit pas à l'invitation.

La proposition précédente ne concernait que les employés de l'administration centrale. L'année suivante, elle fut reprise par MM. d'Haussonville, de Sahun, Saint-Marc Girardin, de Gasparin et Rihouet, qui l'étendirent à tous les fonctionnaires. Elle précisait d'ailleurs son objet et tendait à régler à la fois les conditions d'admission et les conditions d'avancement dans les fonctions publiques. Sur un rapport favorable de M. Dufaure (2), chacun des articles du rapport fut successivement adopté. Le gouvernement, cependant, s'y opposa de toutes ses forces. Il prétendait voir dans le projet une grave atteinte portée aux prérogatives constitutionnelles du roi qui avait le droit de nommer à tous les emplois publics et une disposition faisant échec à la responsabilité ministérielle, le ministre ne pouvant répondre de subordonnés dont il n'aurait pas le libre choix. On sait combien sous la Monarchie de Juillet se pratiquait l'achat des votes au Parlement et de quelle influence jouissait le gouvernement sur ses députés-fonctionnaires. Aussi, bien que chacun des articles de la proposition eut été successivement adopté, l'ensemble du projet fut, en définitive, repoussé par 157 voix contre 156, et il n'en resta qu'un vœu platonique.

Des différents auteurs de la proposition précédente, M. Gasparin fut le seul qui ne se découragea pas ; il la reprit en 1846, mais la commission nommée pour l'examiner la repoussa devant l'opposition du gouvernement.

Avec la seconde République, les fonctionnaires pouvaient espérer un meilleur sort. M. Deslongrais soumit à l'Assemblée constituante une proposition ayant pour but de régler

1. Loi de finances du 24 juillet 1843, a. 7.

2. 13 juillet 1844.

par des dispositions légales la nomination et l'avancement des fonctionnaires. Cette proposition fut renvoyée au comité des finances qui l'adopta. Elle vint en discussion le 19 décembre 1848, sur un rapport de M. Mortimer-Ternaux. M. Vivien qui s'en était montré un chaud partisan comme professeur et comme écrivain (1), la combattit comme ministre et la fit échouer en demandant son renvoi à l'examen des bureaux. Malgré tout, la commission apporta un projet; M. Brunet, rapporteur, le fit voter en première lecture (2), mais l'Assemblée se sépara avant la seconde délibération.

Un projet sur les mêmes bases fut apporté devant la nouvelle assemblée le 4 août 1849 par M. Mortimer-Ternaux qui le développa comme rapporteur (3); M. Passy, ministre des finances, le fit ajourner en le renvoyant au Conseil d'Etat.

Le projet reçut quelques modifications exposées dans un second rapport de M. Mortimer-Ternaux (4). Son économie générale consistait dans l'établissement d'un concours pour l'admission à la plupart des fonctions publiques et de règles légales fixant l'avancement au choix et à l'ancienneté. C'est encore un ministre, M. Rouher, qui réclama un ajournement « afin de donner à tous les ministres le temps d'étudier le projet, d'y présenter leurs observations ». Le renvoi fut prononcé.

Mais la seconde délibération revint à l'ordre du jour de la séance du 27 juin. Pour empêcher le vote de la proposition et l'établissement des règlements d'administration publique que l'on réclamait, M. Rouher prétendit que ces règlements devaient être non pas faits, mais seulement pré-

1. VIVIEN: *Etudes administratives*.

2. Chambre des députés, 28 février 1849.

3. Assemblée législative, 5 octobre 1849 et 12 octobre 1849.

4. Assemblée législative, 13 juin 1850.

parés par le Conseil d'Etat et qu'il fallait laisser au gouvernement, sur ce point, toute latitude pour la rédaction et la modification des règles législatives. C'était rouvrir la porte au pouvoir absolu et arbitraire du ministre. Malgré tout, pour obtenir l'adhésion du gouvernement à son projet, la commission fit cette concession ; le gouvernement donna d'abord son adhésion, puis la refusa (1). Malgré ce refus, l'assemblée vota le projet en seconde lecture en décidant qu'il y aurait lieu à une troisième délibération. Celle-ci eut lieu le 5 juillet 1850 et se termina par le vote de la proposition.

Mais elle n'était plus que l'ombre d'elle-même. Au lieu d'une loi générale constituant un état à tous les fonctionnaires, elle n'était plus qu'une invitation à faire des règlements d'administration publique, adressée au gouvernement. Celui-ci d'ailleurs s'empressa de n'y pas répondre.

L'idée fut reprise sous le second Empire. Dans la discussion du budget de 1862, MM. Brochant, de Villiers, Delamare, déposèrent un amendement à la loi de finances, par lequel ils demandaient que les règlements ordonnés par les lois du 24 juillet 1843 et du 5 juillet 1850, fussent faits dans un délai de six mois. La commission répondit qu'elle ne pouvait que s'associer à ce désir, mais elle déclara « que, pour atteindre le but proposé, il suffisait de l'avoir signalé à l'attention du gouvernement ».

Il n'en fut rien cependant ; le gouvernement du second Empire pour qui la candidature officielle était une condition d'existence, qui n'avait d'autre moyen d'action sur le pays que les faveurs accordées à ses partisans, ne répondit pas à cet appel.

1. « Nous avons craint, dit M. Rouher pour s'excuser de retirer une parole donnée, d'être accusés de vouloir conserver une indépendance absolue en matière de nomination et d'encourir ainsi le reproche immérité de favoritisme et de corruption ».

En 1870, au Corps législatif, en présence des dispositions libérales du gouvernement, M. Bouteillier proposait encore dans la loi de finances un amendement demandant l'application des lois de 1843 et de 1850, destinées à créer un état aux fonctionnaires, à régler les conditions d'admission aux fonctions publiques, celles de l'avancement au choix et à l'ancienneté, l'établissement de cadres, de classes, etc. La proposition fut transformée ; la commission substitua une disposition invitant le gouvernement à régler l'organisation de chaque ministère. Les événements ne permirent pas de la réaliser.

En 1871, sur une proposition de M. Lamy, l'Assemblée nationale nomma une commission chargée de réviser les services publics ; la question posée par les lois de 1843 et de 1850 ne pouvait que revenir sur le tapis. On parla de faire une loi absolument générale sur la fonction publique. Mais de longues délibérations perdirent un temps précieux et ne permirent plus de profiter des bonnes dispositions de l'Assemblée ; la Commission adopta un projet de loi prescrivant seulement l'établissement d'un règlement uniforme pour tous les ministères, en exceptant toutefois les services spéciaux. Le projet créait dans chaque administration centrale un conseil d'administration avec des attributions définies relativement au contrôle du personnel sur lequel il exerçait sa juridiction, établissant des règles pour l'admission à toutes les fonctions publiques, l'avancement des employés, déterminant la nature, le mode et les cas d'application des peines disciplinaires, réglementant l'emploi des auxiliaires, etc. Le rapport de M. Jozon fut déposé le 22 juillet 1873.

Mais le moment n'était pas opportun pour le discuter ; l'esprit de réforme qui avait animé l'Assemblée nationale au début dans un commun patriotisme avait disparu ; des

préoccupations politiques avaient pris sa place ; chaque parti s'observait, craignait de faire des mécontents et ne voulait pas donner une assiette trop solide à des fonctionnaires dont il avait l'intention de se débarrasser en arrivant au pouvoir. Par un vote sans discussion le projet de loi de la commission des services administratifs fut renvoyé au Conseil d'Etat où il fut oublié.

Cependant la loi de finances de 1882 reproduit dans son article 16 la disposition de la loi de 1843 exigeant que chaque ministère fixe son organisation centrale par un décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique.

Enfin ce projet a reçu un commencement d'exécution.

Successivement des décrets ont organisé les services des administrations centrales des ministères de la justice (1), de la marine (2), des finances (3).

C'est là une organisation bien insuffisante.

Elle n'est pas générale à tous les ministères et beaucoup d'entre eux s'en sont affranchis.

Le pouvoir arbitraire de l'administration est encore trop large ; et souvent les décisions ministérielles ne sont pas exposées à un contrôle de conseils administratifs ; dans un même service les règlements laissent de côté certains agents ; la liberté des ministres devient absolue pour les degrés supérieurs ; même dans les cas où elle est liée, le choix a encore bien plus de place que l'ancienneté.

Aussi à la suite de ces différents règlements d'administration publique, qui furent une déception pour tous ceux qui escomptaient une organisation générale de la fonction

1. Décret, 30 décembre 1884.

2. 30 janvier 1885.

3. 12 janvier 1885 et 23 avril 1885.

publique, une nouvelle proposition de loi fut déposée au Sénat par M. Marcel Barthe, le 16 juillet 1885 (1).

Cette proposition part du principe rationnel que nous avons défendu ; il distingue entre les fonctionnaires techniques ou fonctionnaires de gestion et les fonctionnaires politiques et judiciaires ou fonctionnaires d'autorité.

Mais cette distinction ne comporte de conséquences que pour l'avancement et non pour la révocation.

La situation des fonctionnaires techniques doit être protégée contre l'arbitraire gouvernemental. Partant de ce principe, M. Barthe fait appel à la loi pour leur assurer des garanties par la création d'un état légal spécial à chaque service et dont le Conseil d'Etat déterminera les éléments. En principe chaque fonctionnaire n'entrera dans l'administration qu'à la suite d'un concours (2) ; il débutera par le grade le moins élevé et ne pourra passer d'une classe à la classe supérieure qu'après un stage d'une durée déterminée au degré inférieur (3). La promotion n'aura lieu qu'au choix sur la présentation d'un conseil spécial (4). Le choix ne devra porter que sur le tiers des fonctionnaires promus ; les deux autres tiers seront réservés pour l'avancement à l'ancienneté (5).

Il n'y aura d'exception que pour les fonctionnaires d'autorité qui pourront être nommés dans les proportions d'un cinquième en dehors des règles précédentes (6).

De plus « nul fonctionnaire ne pourra être révoqué

1. *Journal officiel*, annexes Sénat, 1885-1887, p. 325. Discussion du 16 juillet 1885 (*Journal officiel*) du 17 juillet 1885). Rapport sommaire (*Annexes, Journal officiel*, 1886, p. 90).

2. Article 1^{er}.

3. Article 2-1^o.

4. Article 2-2^o.

5. Article 2 *in fine*.

6. Article 3.

qu'après avoir été appelé à fournir des explications devant le conseil chargé de la formation du tableau d'avancement » (1).

Cette proposition avait un double tort : elle était trop benigne puisque, en définitive, ce rôle du conseil administratif supérieur était seulement consultatif et non juridictionnel ; d'autre part elle limitait la catégorie des fonctionnaires d'autorité aux préfets et aux magistrats des parquets. Or il est manifeste que d'autres agents, tels que les sous-préfets ou les commissaires de police, interviennent dans le maintien de l'ordre public et dans la direction politique générale du pays. Pour les premiers, même le projet liait en partie les mains au gouvernement ; or dans un pays à régime parlementaire on ne peut soustraire tous ces fonctionnaires d'autorité au pouvoir discrétionnaire du ministre responsable devant les Chambres.

Enfin il ne réglait pas la question d'indemnité à accorder au fonctionnaire révoqué injustement.

Une seconde proposition plus intéressante et plus complète émane de M. de Lorgeril et a été déposée à la Chambre des députés le 18 juillet 1893. Elle pose très nettement le principe de la distinction des fonctionnaires d'autorité et des fonctionnaires de gestion.

D'une part le fonctionnaire de gestion sera « propriétaire de son grade » (2) ; il n'en pourra être privé que dans des cas limitativement énumérés par la loi (3). Au nombre de ces cas est la révocation. Celle-ci ne pourra être prononcée

1. Article 6. Cependant en cas d'urgence le ministre peut prononcer une suspension de deux mois (a. 6).

2. Article 13. Cf. Proposition de MM. l'abbé Lemire et Ducos *Journal officiel, Doc. parlem.* Chambre 1894, p. 1142). Rapport défavorable de M. de Lasteyrie du 12 juillet 1894 (*J. Off.*, Chambres annexes, II, p. 1142, annexe n° 824).

3. Article 2.

sur la proposition du ministre que par une *décision* du *Conseil supérieur de l'administration française*(1), après avoir entendu l'intéressé (2) qui aura contre cette décision un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat (3).

D'autre part les fonctionnaires d'autorité « fonctionnaires politiques et agents du Gouvernement » continueront à être révoqués par décret du chef de l'Etat et sans l'intervention du Conseil supérieur.

Cette proposition n'était cependant pas satisfaisante en tous points. En effet la composition du Conseil supérieur pouvait ne pas présenter toutes les garanties d'indépendance désirable, puisqu'il était nommé par ceux dont il devait contrôler les actes.

D'autre part, c'est faire une situation très délicate au Ministre qui doit en appeler à ses subordonnés de ses propres décisions ; en cas de conflit entre le Conseil et le Ministre, celui-ci ne peut plus compter sur le dévouement de l'agent maintenu à son poste.

Une heureuse disposition, il est vrai, abordait la question d'indemnité en cas de révocation. Le fonctionnaire devait recevoir le remboursement des retenues opérées sur son traitement au cas où il quitterait l'administration.

Mais c'était trop ou trop peu : trop, si l'agent quitte volontairement l'administration pour louer ailleurs ses services, car il n'agit ainsi que parce qu'il y trouve son intérêt ; sa démission peut être de mauvaise foi et mettre l'administration dans l'embarras ; trop peu, si le fonc-

1. Article 2. Ce conseil se compose de douze membres : un membre désigné par le Sénat, un par la Chambre des députés, un par la Cour des Comptes, un délégué de chaque ministère nommé par le Président de la République en conseil des ministres.

2. Article 3.

3. Article 4.

tionnaire quitte l'administration à la suite d'une révocation injustifiée, car non seulement il perd ses retenues, les intérêts capitalisés de ces retenues et l'espoir d'une pension dont la valeur en capital peut être encore supérieure à celle à laquelle il aura droit d'après ses versements, mais encore il peut ne pas être en mesure de trouver immédiatement une autre situation et subir de ce fait un nouveau préjudice.

Nous verrons en étudiant la responsabilité de l'Etat par suite de la révocation de ses agents comment l'appréciation si délicate de ces divers éléments peut être faite avec plus de succès par l'application des règles du droit commun, préférable en ce sens à la constitution d'un état légal.

Néanmoins la tentative est intéressante et à des points de vue multiples l'extension du système de l'état légal constituerait un réel progrès.

Cependant la proposition De Lorgeril n'a pas abouti ; de nombreuses propositions spéciales sur les conditions d'admission et sur la situation des fonctionnaires ont été reprises depuis sans plus de succès (1) ; les fonctionnaires sont restés généralement soumis au régime du décret (2).

1. Proposition de M. l'abbé Lemire (*Journal officiel, Doc. Parl.*, Chambre 1894, p. 1142) ; de M. de Pontbriand et de Montfort en 1895 (*Journ. officiel, Doc. Parlem.*, Chambre 1895, p. 13 et 523) et renouvelée en 1898 (*Journ. offic.*, *Doc. Parlem.*, Chambre 1898, p. 273) ; de M. de Mahy en 1896 (*Journ. offic.*, *Doc. Parlem.*, Chambre 1896, p. 1538), de M. Michelin (*Journal officiel, Doc. Parlem.*, Chambre 1894, p. 1382). Voir de même pour des points spéciaux la proposition de M. Alb. Poulain (*Journal officiel, Doc. Parlem.*, Chambre 1898, p. 322) et un projet de loi sur les pensions civiles (27 juin 1891, *Journal officiel*, annexe n° 1550).

2. Voir parmi les plus récents ceux du 12 novembre 1891 sur les consulats ; 10 décembre 1895 sur les employés des chemins de fer de l'Etat ; 10 juin 1896 sur les officiers de marine ; 26 février 1897, sur le personnel des établissements militaires ; du 2 février 1892,

Aucune proposition n'a pu aboutir à une réglementation générale de la fonction publique ; peut-être faut-il attribuer ces échecs successifs à l'intérêt qu'ont les députés à maintenir le pouvoir absolu du ministre, pouvoir dont ils profitent indirectement pour leur influence politique.

Depuis soixante ans tous les ministres ont reconnu la nécessité d'une loi assurant la situation matérielle des fonctionnaires ; tous cependant ont eu recours à des moyens détournés pour empêcher qu'une loi générale soit votée.

C'est que tous les hommes investis du pouvoir, quelque libérales que soient leurs intentions, ne peuvent se résoudre à être limités dans leur libre disposition de ce pouvoir. Il en a été ainsi sous la Restauration, sous la Monarchie de Juillet, la seconde République, le second Empire et même sous la troisième République.

La Monarchie de Juillet, quoique libérale, ne voulait pas abdiquer son autorité illimitée sur ses fonctionnaires parce que, les admettant à la députation, elle voulait pouvoir disposer entièrement de leur vote et les révoquer s'ils s'avisent ne pas conformer leurs vues aux exigences du gouvernement

Le Second Empire ne pouvait admettre une loi de cette nature. La candidature officielle était pour lui une nécessité, une condition d'existence. Ce système ne peut réussir qu'autant que le pouvoir exécutif peut récompenser à tous les degrés de l'administration, depuis le préfet jusqu'à l'employé communal, les services électoraux.

2 mai 1894, 27 octobre 1894, 28 décembre 1895, etc., sur le personnel du ministère du commerce, des postes et télégraphes ; du 22 mars-12 mai 1887 sur l'avancement des préfets, sous-préfets et secrétaires généraux ; des 18 janvier 1887 et 6 juin 1891 sur l'instruction primaire, etc. Cependant ces derniers ont été pris en exécution de la loi du 30 octobre 1886.

La troisième République est cependant engagée dans une voie plus libérale.

La Constitution de l'an VIII (1) et celle de 1848 (2) parlaient expressément du droit absolu de révocation des fonctionnaires conféré au pouvoir exécutif. La Constitution de 1875 au contraire est muette sur ce point (3); elle réserve la question qui venait d'être posée à l'Assemblée nationale par le rapport de M. Jozon sur la réforme des services publics (4). Cependant on a reconnu, malgré ce silence de la constitution, un droit absolu de révocation au Président de la République sauf les restrictions légales résultant de lois pré-existantes ou même des lois postérieures (5).

Une loi attribuant un état légal à tous les fonctionnaires de gestion ne serait donc pas inconstitutionnelle. Elle semble de plus en plus opportune et cela pour deux raisons. D'abord l'instabilité ministérielle provoque des mutations plus fréquentes et parfois des révocations. D'autre part le pouvoir exécutif lui-même perd en autorité ce que gagne le pouvoir législatif. Or, en matière locale, la volonté générale du Parlement devient vite le caprice des représentants du département. On s'achemine ainsi vers le système des Etats-Unis dans lequel la nomination des fonctionnaires locaux est en fait l'œuvre des Sénateurs de l'Etat. On sait les inconvénients d'une administration politique (6).

1. Article 41.

2. Art. 64.

3. La loi constitutionnelle du 24 février 1875 ne parle que de la nomination (a. 3).

4. Du 22 juillet 1873.

5. ESMEIN : *Droit constitutionnel*, 2^e édit., 1899, p.

6. Voir M. LARNAUDE : *Préface* de la traduction française du *Droit public de l'Empire allemand*, de LABAND, Paris 1900, p. XVII et s.

Les garanties administratives ont été à l'étranger plus volontiers accordées aux fonctionnaires : généralement la révocation est prononcée par des tribunaux administratifs analogues à notre Conseil supérieur de l'instruction publique, au Conseil supérieur de la magistrature ou au Conseil supérieur des mines et ponts-et-chaussées ; fréquemment aussi les lois étrangères règlent la question de l'indemnité accordée aux fonctionnaires révoqués.

Ainsi, en Roumanie, la révocation des fonctionnaires qui n'ont pas l'autorité publique, ne peut avoir lieu que dans des cas déterminés et sur l'avis conforme d'une Commission supérieure de cinq membres dont un conseiller à la Cour de cassation, un conseiller d'Etat et trois fonctionnaires supérieurs (1).

En Norvège, la révocation des fonctionnaires supérieurs, ne peut avoir lieu que sur l'avis conforme du Conseil d'Etat et le Storting règle alors la pension dont il doit jouir. Les autres employés peuvent être suspendus par le roi, mais doivent aussitôt être renvoyés devant les tribunaux, qui seuls peuvent les révoquer ou les déplacer contre leur volonté (2).

En Suède, ce jugement doit même être précédé d'une instruction contradictoire. Mais la loi n'accorde cette garantie qu'aux fonctions de gestion et de judicature (3) ; elle la refuse aux fonctionnaires d'autorité limitativement énumérés (4).

En Wurtemberg, ce jugement, rendu par le Conseil d'Etat,

1. Loi 22 octobre 1882 (*Annuaire de législation étrangère*, 1883, p. 935).

2. Loi constitutionnelle du 4 novembre 1814, a. 22.

3. Loi constitutionnelle du 6 juin 1809, a. 36 (V. JEANVROT : *Le droit public de la Suède*).

4. l. c. a. 35.

doit être précédé « d'accusation et défense publiques : les compte-rendu, vote, résolution, sont publiés par la voie de la presse (1) » quand la révocation est fondée sur une violation des règles hiérarchiques (2) ou sur une violation de la Constitution. Les fonctionnaires dépendent si peu du pouvoir exécutif que le roi ne peut arrêter une instruction contre un fonctionnaire et ne peut même faire usage de son droit de grâce pour rétablir dans son emploi ou dans toute autre fonction celui qui a été destitué par arrêt du Conseil (3).

Dans l'Empire d'Allemagne (4), les fonctionnaires d'autorité qui peuvent être révoqués *ad nutum* sont limitativement énumérés par la loi (5). Tous les autres sont inamovibles. L'Etat peut les déplacer, mais les frais de déplacement sont à sa charge (6). Sauf pour les fonctionnaires politiques, il ne peut les mettre en disponibilité que par la suppression de leur emploi (7). Il ne peut les faire révoquer que par les tribunaux administratifs qui constituent une organisation spéciale à plusieurs degrés : chambres de discipline et Cours de discipline jugeant en appel ; les tribunaux sont compo-

1. Loi constitutionnelle du 25 septembre 1819, a. 199.

2. *Ibidem*, a. 53.

3. *Ibidem*, a. 205. Si la révocation ou la suppression avec privation de traitement n'était demandée que pour manquements professionnels, elle pouvait autrefois être prononcée par le roi sur la proposition collégiale des autorités supérieures et du conseil privé, parfois avec l'avis préalable de la Cour suprême de justice (a. 47. l. 1819). La loi du 28 juin 1876 a fait rentrer ces cas dans le droit commun ci-dessus développé.

4. Voir KAMMERER : *La fonction publique en Allemagne*. Paris 1898 (thèse).

5. Loi 31 mars 1873, § 35 ; Cf. Loi 4 juillet 1879 et lois prussiennes du 31 janvier 1850 § 45, ou 27 mars 1872, § 1.

6. Loi 31 mars 1873, § 23, al. 2.

7. *Ibid.*, § 24.

sés en majeure partie de fonctionnaires publics, absolument indépendants (1). Leur procédure comporte une enquête préliminaire, un débat oral et public, le fonctionnaire pouvant être assisté d'un défenseur. La sentence est susceptible d'appel.

Aussi voit-on souvent des fonctionnaires siéger au Landtag et au Reichstag, dans les rangs de l'opposition et combattre un gouvernement qu'ils devraient seconder. Ces abus, déjà signalés par Bismarck (2) ont un effet déplorable sur les administrés. Le gouvernement allemand paraît décidé à réagir. En août 1899, à la suite du rejet, par l'opposition conservatrice du Landtag des crédits demandés pour l'exécution du canal de l'Elbe au Rhin, l'autorité supérieure a mis à la retraite d'office, vingt-quatre fonctionnaires dont deux présidents de province (ceux du Lünebourg et de Posen) et vingt landræthe.

Ainsi alors qu'en France la révocabilité des fonctionnaires est la règle, dans les pays étrangers et surtout dans l'Empire et les Etats allemands elle n'est que l'exception.

La seconde question à résoudre est celle de l'indemnité.

Fréquemment les législations ont considéré que le moyen le plus simple de régler l'indemnité due au fonctionnaire révoqué, était de lui conserver temporairement tout ou partie de son traitement.

Ainsi en Danemark (3), en Islande (4), le roi peut déplacer ou révoquer les fonctionnaires à condition qu'ils ne subissent aucune réduction du traitement et que le choix leur soit laissé entre ce déplacement et la mise à la retraite avec pension d'après les règles générales. La loi constitution-

1. *Ibid.* § 91.

2. Discours au Reichstag, 3 mars 1881.

3. Constitution du 5 juin 1849 révisée le 28 juillet 1866, a. 17.

4. Constitution du 5 janvier 1874, a. 4.

nelle hongroise de 1848, conserve même intégralement le traitement au fonctionnaire privé d'emploi (1).

Des règles analogues combinant les divers systèmes de protection et de responsabilité existent en Saxe (2), dans le duché de Bade (3), en Alsace-Lorraine (4), en Portugal (5), même dans certains cantons suisses, où cependant le peuple est bien jaloux de son autorité (6).

Le pouvoir arbitraire de l'administration et l'irresponsabilité de l'Etat en cas de révocation, n'est plus la règle que dans un très petit nombre de pays : outre la France, parfois la Suisse (7), l'Autriche (8), dont le droit public ne s'est éveillé que tardivement, on ne cite guère que le Japon (9), dont la législation est une copie du droit français et qui nous devance même dans la voie qu'ont tracée les Etats-Unis (10).

Les diverses solutions apportées ainsi à la question de la

1. A. 25, constitution 1848 ; Cf. la loi croate de 1869, a. 18.

2. Constitution du 4 septembre 1831, a. 36, 42, 44, 110 et lois du 7 mars 1835, du 3 juin 1876 (*Ann. lég. étr.*, 1877, p. 27).

3. Constitution du 22 août 1818, a. 24, 25 ; et loi du 24 juillet 1888 (*Ann. lég., étr.*, 1889, p. 367).

4. Loi du 4 juillet 1879, appliquant la loi d'empire du 31 mars 1873.

5. Constitution du 29 avril 1826, a. 145, § 27.

6. Constitution de Berne du 31 juillet 1846, a. 18.

7. Cependant en Suisse, ce sont des Conseils qui nomment et révoquent les fonctionnaires : la décision d'un conseil présente plus de garanties que la volonté d'un seul homme. Ex. : Constitution de Genève du 24 mai 1847, a. 83.

8. Loi constitutionnelle du 21 décembre 1867, a. 12.

9. Constitution du 11 février 1889, a. 10.

10. Nous avons vu cependant les tentatives de réforme aux Etats-Unis (plus haut p. 357 et s.). Il faudrait citer encore celle de l'Etat de Pensylvanie où la loi du 16 novembre 1873 exige pour la révocation par le gouverneur une cause raisonnable, un délai d'avertissement, et un jugement, sur la demande des deux tiers des membres du Sénat (ch. VI, § 4).

révocabilité des fonctionnaires, sont une voie heureuse quoique pleine de difficultés ; il est donc désirable que pour la plupart des fonctionnaires et surtout pour les fonctionnaires de gestion, la loi vienne leur constituer un état légal avec des garanties sérieuses.

Mais ce système restera souvent insuffisant. D'abord il est de nombreuses classes d'employés pour lesquels cette solution est impossible, entre autres pour les fonctionnaires communaux.

De plus, comme nous l'avons constaté, la question de l'indemnité à accorder au fonctionnaire qui a subi un préjudice, ne peut que difficilement par cette voie recevoir une solution. C'est dans une théorie spéciale à la fonction de gestion que nous pouvons la trouver.

CHAPITRE III

THÉORIE GÉNÉRALE DE LA FONCTION PUBLIQUE DE GESTION

Nous avons vu précédemment que les relations de l'Etat, se divisent en deux catégories : les unes appartiennent à la sphère du droit public, dans laquelle se meut la puissance publique qui fait participer à sa souveraineté les fonctionnaires d'autorité; les autres, au contraire, demeurent dans le domaine du droit privé, dans lequel l'Etat, personne morale, gère des intérêts collectifs comme un particulier administre son patrimoine propre par l'intermédiaire de fonctionnaires de gestion qui entrent avec lui dans des relations de droit commun.

Nous avons étudié la fonction publique d'autorité, il nous reste à déterminer la nature des relations qui s'établissent entre l'état et le fonctionnaire de gestion.

Un préliminaire nécessaire, c'est d'écarter définitivement une objection que nous avons déjà entrevue sous quelques-unes de ses faces.

SECTION I

De l'existence de fonctions publiques de gestion.

On n'admet pas qu'il y ait des fonctionnaires de gestion, soit qu'on leur dénie à tous le caractère de fonctionnaires.

parce qu'ils n'ont pas la puissance publique (1), soit qu'on en fasse des fonctionnaires de droit public, parce qu'ils ont un caractère public (2), soit enfin qu'on les partage entre les deux catégories précédentes en faisant, des uns des employés sans qualité de fonctionnaires, des autres des fonctionnaires de l'autorité publique à laquelle sous une forme quelconque ils participent dans tous les cas (3).

On se refuse à admettre comme fonctionnaires principalement les employés municipaux et ceux des chemins de fer de l'Etat : ce sont les deux cas qui sont le plus fréquemment discutés en jurisprudence.

Jusqu'en 1879, les secrétaires de mairie, les ingénieurs et architectes communaux n'étaient pas considérés comme des fonctionnaires par le tribunal des conflits ; celui-ci les renvoyait devant les tribunaux civils quand ils formaient une demande d'indemnité pour révocation intempestive (4),

1. BLOCK : *Dict. d'administration*, v^o *fonctionnaire* ; BATBIE : *Traité de droit public et administratif*, 2^e éd., 1885, II, p. 479 et s. ; AUCOC : *Conférences*, I, n^o 114 et s. ; DALLOZ : J. G., v^o *forfaiture*, 33 et la note ; SIMONNET : *Droit administratif*, p. 174 ; CAZALENS, *l. c.* ; S. 81. 3. 37 ; MINISTRE DE L'INTÉRIEUR sous Conseil d'Etat, 12 janvier 1883, Lebon, p. 29 ; BLUNTSCHLI : *Théorie générale de l'Etat*, Trad. Ried. I, 453 ; POSADA : *op. cit.*, I, p. 309 ; GIORGI : *op., cit.*, I, p. 164 et II, p. 458 ; MEUCCI, *op. cit.*, I, p. 153 ; GERBER : *op. cit.*, p. 113-115 ; MICELI : *op. cit.*, p. 9 ; H. A. ZACCHARIAE : *op. cit.*, II, § 133, p. 19 ; H. SCHULZE : *Preussisches Staatsrecht*, I, § 98, p. 306 ; SCHMITTHENNER : *Grundlinien*, § 152, p. 502-503 ; MAURENBRECHER : *Grundsätze* § 160, p. 281.

2. HAURIU : *op. cit.*, p. 684, et s.

3. BATBIE : *op. cit.*, 2^e éd., II, p. 479 ; CABANTOUS : *op. cit.*, 5^e éd., n. 141, 230 et s.

4. Conflits, 17 mai 1873, D. 74. 3. 4 ; Conseil d'Etat, 28 février 1879, D. 79. 3. 68 ; cf. la jurisprudence civile : Lyon, 3 février 1872, D. 73. 3. 34 ; Poitiers, 12 février 1875 ; Orléans, 17 août 1877 ; Marseille, 2 août 1878 ; Cass. 8 mai 1879.

comme le font les employés d'un particulier, alors qu'il affirmait la compétence administrative pour les révocations de fonctionnaires.

Mais, depuis 1879, les mêmes employés communaux sont assimilés aux fonctionnaires de l'Etat par le même tribunal; celui-ci ne fait aucune distinction entre les différents fonctionnaires, et, logique avec lui-même, il renvoie les uns et les autres, malgré la résistance des tribunaux civils (1), devant les tribunaux administratifs, quand ils produisent une demande d'indemnité pour révocation injustifiée (2).

En effet, un secrétaire de mairie par exemple n'est pas du tout un employé du maire, mais bien un fonctionnaire de la commune et de l'Etat; d'une part il est payé sur les fonds communaux; d'autre part il rédige les actes de l'état civil, ce qui est une fonction de l'Etat.

Il est fonctionnaire parce qu'il est nommé, suspendu, révoqué, en vertu de la loi, par le maire (3), pour remplir un service public, parce que, en vertu de cette nomination, il concourt à la gestion d'intérêts généraux et fait partie de la hiérarchie administrative, parce que son traitement ou sa pension de retraite constitue une dépense obligatoire (4) qui peut être rétablie d'après des bases régulières au cas où on la supprimerait ou la réduirait. Il est en maintes circonstances reconnu par la loi comme fonctionnaire public; il l'est pour faits de corruption et de concussion (5); pour

1. Cass. 2 mai 1881. S. 82. 1. 304: 22 juin 1883.

2. Conflits, 27 décembre 1879. S. 81. 3. 36; Cons. d'Etat, 12 janvier 1883, *Cadot*. S. 84. 3. 76; Cons. d'Etat, 28 mars 1890, *Drancey*. S. 92. 3. 65. C. f. D. 80. 3. 89; 80. 1. 368; 82. 3. 27; 95, 3. 69; S. 94. 3. 33; GAUTIER: *Revue critique*, 1882, p. 21.

3. Loi municipale de 1884. a. 88.

4. Loi 1884 a. 136.

5. C. P. a. 174 et 177; Cass., 17 juillet 1828; 10 octobre 1828; 28 mai 1842.

l'inéligibilité au conseil municipal (1), pour l'incompatibilité de son emploi avec la fonction de receveur municipal avec celle de trésorier des établissements de bienfaisance (2) et celle de commissaire de police (3).

La jurisprudence antérieure (4), les commentateurs (5) et même le Conseil d'Etat, dans un avis du 2 juillet 1807, déniaient ce caractère de fonctionnaire public aux employés dont nous nous occupons; parce qu'ils n'avaient aucune délégation d'autorité publique, mais nous avons vu que la délégation d'autorité n'est pas un élément essentiel de la fonction publique (6), elle est même très rare dans les fonctions municipales car la commune n'a que peu fréquemment à faire acte de puissance publique. L'emploi municipal est une fonction publique au même titre que l'emploi d'Etat; la commune est comme l'Etat un élément de l'organisation politique (7), inférieur sans doute à l'Etat mais de même nature et exerçant une partie de la souveraineté (8). M. Hauriou tout en assimilant avec la jurisprudence, la collation d'emploi et la collation de fonction, la situation de l'employé municipal et celle de fonctionnaire d'Etat

1. Loi 1884. a. 33-10°.

2. Instruction générale du ministre des finances du 20 juin 1859.
a. 1273.

3. *Bulletin du Ministère de l'Intérieur*, 1854, p. 429.

4. Voir les conclusions du commissaire du gouvernement sous la décision du Tribunal des Conflits du 14 juin 1879, *Labrebis*. Lebon, 1879, p. 506.

5. DALLOZ : J. G., v° *actes de l'état civil*, n. 23, note p. 508 et n. 34, p. 513; v° *communes*, n. 94, 222, 304, 305; v° *fonctionnaire public*, n. 50.

6. Voir ci-dessus, p. 30 et s. et p. 565, note 1.

7. Voir ci-dessus : Introduction § 2, 3°.

8. DUCROCQ : *La personnalité civile en France du Saint-Siège*. (*Revue du droit public et de la science politique* 1894, t. I, p. 56),

pense cependant qu'on peut distinguer deux cas différents dans la situation du premier (1); tantôt l'architecte municipal par exemple, serait un ouvrier particulier, tantôt un fonctionnaire public. « Il y a à distinguer en lui, dit-il, deux qualités, celle d'employé et celle d'architecte. Mais la qualité d'architecte apparaît seulement lorsqu'un travail public déterminé est fait sur ses plans ou sous sa direction. En dehors de là, c'est un employé dont la mission est de diriger certains services et de donner à la municipalité certains conseils. Cela est si vrai, que presque toujours l'architecte est rémunéré à la fois par un traitement fixe et par des remises proportionnelles. Le traitement fixe correspond à la situation d'employé, et la remise proportionnelle à la situation d'architecte ».

Cette dualité dans la qualité de l'employé n'existe pas, car elle ne saurait résulter, ni de la nature du travail effectué, ni de celle du traitement.

En effet d'une part les travaux généraux effectués par l'architecte et qui, pour M. Hauriou correspondraient à sa situation de fonctionnaire, peuvent se décomposer en divers travaux particuliers, spéciaux et déterminés, dont chacun d'eux, pour cet auteur, correspond à la qualité d'employé particulier. La distinction est donc impossible en droit et en fait. Il y a identité dans la prestation des services particuliers et généraux, et par suite même en se plaçant au point de vue des services effectués, il y a unité de nature dans la situation de l'employé.

D'autre part cette prétendue dualité ne peut résulter de ce fait que le traitement se compose de deux éléments l'un fixe l'autre proportionnel.

Est-ce qu'il n'en est pas de même dans beaucoup de fonc-

1. Voir note sous Conseil d'Etat, 28 mars 1890, *Drancey*, S. 92., 3. 66. 3^e col.

tions publiques ; les receveurs des finances, de l'enregistrement, les conservateurs des hypothèques, reçoivent également un traitement fixe et un traitement éventuel, proportionnel au total des opérations qu'ils effectuent. Ils n'en perdent pas pour cela leur qualité de fonctionnaires.

Donc l'employé municipal demeure en toutes circonstances un fonctionnaire, et s'il n'a pas à sa disposition la puissance publique, il reste fonctionnaire de gestion.

La même discussion s'est élevée à propos des employés des chemins de fer de l'Etat et des manufactures nationales. Ceux-ci se sont vu maintes fois refuser ou imposer la qualité de fonctionnaire suivant qu'il était ou non de l'intérêt de l'Etat de s'en prévaloir ou de la repousser.

Ainsi on a refusé de voir en eux des fonctionnaires qui pourraient commettre des fautes de services engageant la responsabilité de l'Etat, ou bien au contraire on en a fait des fonctionnaires pour admettre à leur égard la révocation *ad nutum* (1) et soustraire l'Etat à l'action en dommages et intérêts à laquelle, la jurisprudence avant 1890 et, depuis, la loi du 27 décembre 1890, exposent le patron.

Cela s'explique par ce fait que la jurisprudence administrative refuse en général d'appliquer la théorie du contrat de droit privé à tout fonctionnaire quel qu'il soit ; se trouvant en présence d'une situation contractuelle, elle s'est vue logiquement dans la nécessité de refuser la qualité de fonctionnaire aux employés des chemins de fer de l'Etat dont la situation contractuelle est évidente ; elle a dû faire ainsi d'une administration publique une société privée.

Dans l'affaire Chervet, devant le Conseil d'Etat (2), le

1. Conseil d'Etat, 10 juillet 1885, *Chervet*, D. 87. 3. 1 ; Orléans 28 novembre 1891, S. 92. 2. 105. Voir sur ce point une note de M. Chavegrin. S. 98.1.385.

2. Conseil d'Etat, 10 juillet 1885, D. 87. 3. 1. Conclusions du commissaire du gouvernement M. Marguerie.

commissaire du gouvernement se fonde sur ce fait que l'administration des chemins de fer gère un service public sous l'autorité du ministre des travaux publics (1), possède une caisse particulière, un budget propre distinct de celui de l'Etat, contrôlé par la cour des comptes, et dont l'exercice spécial diffère du budget général puisqu'il clôt le 20 avril alors que celui de l'Etat n'est clos que le 31 août. Il en conclut que cette administration a une organisation administrative propre, une personnalité propre et par conséquent « doit être assimilée aux autres établissements publics tels que l'imprimerie nationale et la légion d'honneur ». Ainsi ces employés ne seraient plus des employés de l'Etat, des fonctionnaires.

Beaucoup d'auteurs partagent cette opinion et se refusent à voir dans tous les employés de cet ordre des fonctionnaires de l'Etat (2).

D'autres vont encore plus loin et font de cette administration une compagnie particulière. Un ministre l'a qualifiée de « compagnie du réseau de l'Etat » (3).

Il nous semble que c'est une erreur de séparer l'administration des chemins de fer de l'administration générale de l'Etat. Elle semble bien avoir une personnalité propre, mais cette personnalité n'est en définitive que celle de l'Etat dans une de ses multiples manifestations. C'est donc bien entre l'Etat et l'employé que s'établit la relation juridique.

En effet l'article 11 du premier décret du 25 mars 1878, portant organisation des chemins de fer de l'Etat, déclare que les employés de cette administration seront, pendant la

1. Décret du 25 mai 1878.

2. CAUWÈS : *Cours d'Economie politique*, 3^e éd., tome IV, n. 1192, en note.

3. Cette expression se retrouve dans plusieurs décisions judiciaires. Cass. 3 avril 1882. D. 82, 1, 308.

durée de leur service, considérés comme des *agents temporaires de l'Etat* ; ce sont des arrêtés du ministre des travaux publics qui déterminent le chiffre des traitements des fonctionnaires du réseau ; le budget de cette administration entre dans le budget général de l'Etat, aux dépenses figurent les frais du matériel, aux recettes les produits de l'exploitation ; les excédents de recettes profitent au trésor. Le décret dit bien que les agents seront considérés comme étant en service détaché, mais il n'y a là qu'une raison d'opportunité ; étant donné les craintes inspirées par cet essai de nationalisation des chemins de fer, on a voulu en cas d'insuccès, faciliter la rétrocession à une nouvelle Compagnie (1) Mais nous savons que, même les agents en service détaché, même les agents auxiliaires des administrations ne perdent pas par cela même leur qualité de fonctionnaire (2).

Il nous suffit de constater que le décret lui-même les qualifie d' « agents de l'Etat », pour ne pas leur refuser cette qualité.

Aussi la jurisprudence est-elle revenue sur ses décisions premières et classe-t-elle aujourd'hui parmi les fonctionnaires les agents des chemins de fer du réseau d'Etat (3).

1. Le rapport de M. de Freycinet est formel sur ce point.

2. Voir par exemple les arrêtés du ministre des travaux publics du 18 novembre 1898 et du 16 mars 1899.

3. Orléans, 28 novembre 1891 ; Cass. 18 novembre 1895. Il est tout à fait impossible de ne pas voir dans ces agents des fonctionnaires quand on entend donner parfois cette qualification, alors inexactement appliquée, aux employés des compagnies privées. Dans la discussion de la loi du 27 décembre 1890, M. le sénateur Tolain qualifiait de fonctionnaires les employés des compagnies : « Si je me sers du mot « fonctionnaire », c'est que les mécaniciens et chauffeurs, serviteurs d'un grand service public me paraissent, sinon être des fonctionnaires directs de l'Etat, du moins avoir en maintes circonstances un caractère qui se rapproche beaucoup de celui du fonctionnaire ».

La même solution doit être donnée par les agents des différents services publics gérés par l'Etat, dont les budgets se confondent avec le sien; nous voulons parler des employés des manufactures, qu'il s'agisse ou non d'un service monopolisé.

Les agents qui gèrent des intérêts collectifs en vertu d'une nomination de l'Etat et qui touchent un traitement payé sur les fonds généraux du budget, sont ainsi des fonctionnaires, même quand ils ne disposent pas de la puissance publique.

Mais il nous reste à repousser la seconde partie de l'objection formulée. Soit qu'on nie l'existence de toute fonction de gestion en faisant de ces agents, des fonctionnaires d'autorité, soit qu'on ne refuse le caractère de fonctionnaires qu'à quelques employés, en donnant celui d'agents d'autorité à tous les autres, on dit fréquemment en jurisprudence qu'il n'existe que des fonctionnaires d'autorité, parce que tous, dans une mesure plus ou moins large, participent à la puissance publique. Les fonctions de droit privé n'existeraient pas parce que le droit civil ne peut s'appliquer à la patrimonialité des personnes administratives. Il n'y aurait donc de fonction publique que dans le droit public.

On dit qu'on ne peut séparer le fonctionnaire de la puissance publique, que tout agent de l'Etat, même gérant des intérêts, est en même temps un agent de l'autorité (1), que le droit lui-même a fait cette assimilation dans la loi sur la presse de 1881 (2) et que le plus petit fonctionnaire participe à l'exercice de la puissance publique, ne fut-ce que par un pouvoir hiérarchique, un droit de contrôle ou un droit de surveillance. « On ne saurait, disait un commissaire du gou-

1. PANDECTES FRANÇAISES, v. *agent de l'autorité*.

2. Articles 31, 33, 47,

vernement devant le tribunal des Conflits, sans méconnaître la réalité des choses, comparer à l'employé d'un particulier l'architecte-voyer d'une commune qui surveille et dirige la construction et l'entretien des bâtiments communaux ainsi que les travaux de la voirie urbaine, qui *signale à l'autorité compétente les contraventions aux règlements de voirie, qui prépare les rédactions des procès-verbaux* (1) ».

Un commentateur (2) partage cette opinion : même l'agent qui ne gère que des intérêts, a cependant un caractère de droit public en tant qu'il participe, même faiblement, à l'exercice de la puissance publique, et ce caractère le soustrait à l'application du droit privé. « Il semble, dit-il, au premier abord qu'un cantonnier ne soit qu'un simple ouvrier, qu'il soit dépourvu de tout caractère public (3) ». Mais l'article 25 du règlement du 11 juin 1816 porte que « pour prévenir autant que possible les délits, il sera expressément recommandé aux cantonniers d'avertir les particuliers qui, par un commencement de labourage ou par d'autres dispositions, feraient présumer qu'ils peuvent se mettre en contravention.... » et d'autre part que « les soins du cantonnier devront particulièrement s'appliquer à ce qu'on ne fasse aucunes réparations, constructions ou anticipations sans autorisation, ni aucun dépôt sur la voie publique ». Ainsi cet article attribuerait aux cantonniers une certaine surveillance relativement aux délits et contraventions que des particuliers peuvent commettre sur les routes en leur imposent l'obligation de faire un rapport à

1. Conflits, 27 décembre 1879, S. 81. 3. 37, 2^o col., conclusion de M. le Commissaire du gouvernement Cazalens.

2. DALLOZ : *Rép. alph.*, v. forfature, n^o 112.

3. En effet il est dit dans un règlement du 11 juin 1816 qui détermine leurs attributions que les cantonniers sont des ouvriers stationnaires sur les routes (a. 1).

leurs supérieurs sur les faits qui peuvent motiver des poursuites. Ces fonctionnaires qui, au premier abord, semblent ainsi essentiellement des fonctionnaires de droit privé à tous les points de vue, ont cependant un droit de police bien déterminé, c'est-à-dire un droit de puissance publique. On ajoute qu'on pourrait trouver les mêmes caractères chez chacun des agents que l'on fait rentrer dans la même catégorie des agents de gestion (1).

Assurément tout fonctionnaire de gestion a un caractère public en ce sens qu'il s'occupe, non d'intérêts privés, mais d'intérêts généraux ; mais il n'a pas un caractère de puissance publique par ce fait qu'il signale à l'attention des fonctionnaires d'autorité des faits délictueux. L'architecte voyer de la commune ou le cantonnier ne dressent pas eux-mêmes les procès-verbaux qu'ils constatent. Ils ne jouent pas un autre rôle que celui du particulier qui, sans aucun mandat, signalera des mêmes faits aux autorités compétentes pour les réprimer. Dira-t-on que cet individu participe à la puissance publique parce qu'il en aide le fonctionnement ? Assurément non. Eh bien, si le fait de signaler les délits à l'attention de l'autorité ne confère pas à ce particulier la qualité de fonctionnaire d'autorité, pourquoi le ferait-il pour le fonctionnaire de gestion qui joue le même rôle ? Seule l'autorité qui dressera le procès-verbal fera un acte de puissance publique, seule elle est donc une fonction de puissance publique.

Il n'y a ainsi aucune connexion entre le droit de disposer de la puissance publique et la qualité de fonctionnaire ; on peut être agent de l'autorité publique sans être fonction-

1. M. HAURIOU voit dans l'autorité hiérarchique, dans le droit disciplinaire du professeur une forme de la puissance publique (dans BÉQUET : *vº Droit administratif*). Cf. : LABAND : *op. cit.* I, p. 417.

naire comme le sont les jurés, on peut inversement être fonctionnaire sans être agent de l'autorité : c'est le cas de tous les fonctionnaires de gestion (1).

SECTION II

Du contrat de fonction de gestion.

Il y a donc des fonctions de gestion ; cette relation étrangère à la puissance publique est par suite de droit privé ; elle est engendrée non par un lien de dépendance mais par un rapport librement établi entre deux personnes juridiques qui ont les mêmes droits ; le lien ne peut ainsi être que contractuel.

L'exemple le plus saisissant en est dans l'engagement militaire où, sans effort d'analyse, on saisit sur le vif la formation du contrat : « l'engagement militaire, dit la cour de Cassation (2), est une convention librement consentie de la part de l'engagé qui s'oblige envers l'Etat et dans laquelle l'administration stipule comme simple partie contractante, sans statuer ni disposer par voie de commandement comme autorité publique.... »

1. En ce sens : BERTHÉLEMY : *Droit administratif*, p. 58 et s.; BRÉMOND : *Revue critique*, 1891, p. 132 ; GAUTIER : *Revue critique*, 1882, p. 22 ; BAUDRY ET WAHL : *Traité du louage*, II, n. 1212, p. 36 ; PERRIQUET : *Contrats de l'Etat*, p. 222 ; DARESTE : *op. cit.*, p. 328 ; PERREAU : *De la responsabilité des fonctionnaires*, p. 6 et s. ; LABAND : *op. cit.*, I. 388 ; G. MEYER : *op. cit.*, 4^e éd. p. 435 ; SCHULZE : *Preussisches Staatsrecht*, 2^e éd., 1888, I, p. 307 ; STENGEL : *op. cit.*, p. 139 ; SEYDEL : *Baierisches Staatsrecht*, 2^e éd., 1896, II, p. 196 ; WIELANDT : *op. cit.*, dans MARQUARDSSEN, 2^e éd. 1885, III, 1. 3. p. 119 ; MEUGGI : *Instit.*, I, sect. 2, ch. V, a. 2 ; MICELI : *op. cit.*, p. 63 et s.

2. Cass. 10 décembre 1878, D. 79. 1. 115.

Mais à propos de la nature du contrat générateur de la fonction de gestion, nous retrouvons les objections déjà présentées sous une autre forme et les partisans du droit public reviennent à la charge.

Le contrat de fonction de gestion serait pour eux un contrat administratif, c'est-à-dire un contrat de droit public (1). Après avoir démontré l'existence de pareils contrats, ils concluent que « l'engagement qui se résout en une obligation de faire, contractée dans l'intérêt de l'Etat, est un contrat administratif (2) ».

Nous avons montré que le critérium de distinction entre le droit public et le droit privé n'était pas du tout l'intérêt général mais le caractère de puissance publique de la relation en jeu (3). Mais on peut ajouter ici que le motif donné n'a même rien de juridique. Dans le cas d'engagement militaire choisi par M. Laferrière, et qui se prêterait cependant le mieux à une pareille interprétation, on ne peut dire que l'engagement pour le militaire se résout en une obligation de l'engagé seul, puisque l'Etat donne une paie, fournit un logement, assure la nourriture du contractant. L'obligation n'est pas contractée uniquement dans l'intérêt de l'Etat puisque l'engagé reçoit des prestations de la part de celui-ci et y trouve son intérêt sans quoi il ne se serait pas engagé. En admettant même que l'obligation ne soit que dans l'intérêt de l'Etat et que l'engagé renonce à tous ses avantages, est-ce que cette circonstance serait suffisante pour transformer un contrat que nous pensons être de droit civil en un contrat administratif. Est-ce que les baux d'im-

1. LAFERRIÈRE : *Juridiction administrative*, Tome I, p. 610 et s.; SEYDEL : *op. cit.* II, p. 182 et s.

2. Dijon, 8 février 1878, D. 78. 2. 2. — Cf. SEYDEL : *op. et loc. cit.*

3. Voir plus haut, p. 271 et s.

meubles destinés à l'installation d'un service public ne demeurent pas des contrats civils ?

Il ne peut en être autrement : il n'y a pas de contrats de droit public (1) parce que le droit public est le cercle des relations de la puissance publique qui commande et ne contracte pas ; un rapport de droit privé qui lie un service public ne devient pas pour cela un lien de droit public : il y a des services, qui, tout le monde l'admet, sont essentiellement de droit privé, comme ceux qui touchent à la gestion du domaine privé de l'Etat. Le droit public est donc hors de cause ; il n'a aucune influence sur les relations juridiques qui s'établissent entre l'Etat et les fonctionnaires de gestion, parce que la puissance publique n'est pas en jeu. La relation qui nous occupe est donc une relation de droit privé.

La théorie de la responsabilité apporte une nouvelle preuve à notre thèse, car des auteurs qui cependant défendent des théories de droit public sont obligés parfois d'appliquer les principes de responsabilité de droit privé aux fonctionnaires de gestion (2).

On a nié cependant qu'il put y avoir dans la fonction même de gestion une relation contractuelle : ni la forme ni le fond de cette relation ne se prêtent à une pareille interprétation.

1^o *Objections de forme.* — M. Hauriou présente ainsi une première objection : tout fonctionnaire est soumis à la loi et aux règlements d'administration publique qui régissent sa situation juridique. Ces règles ont été posées d'une façon

1. Voir plus haut, p. 253 et s.

2. LAFERRIÈRE: *op. cit.*, p. 686, (à propos des pâtres communaux) ; Hauriou, note dans S. 98. 3. 49 ; PERREAU, note dans S. 99. 2. 140. Cf. art. 106, code forestier.

générale pour toute une catégorie de fonctionnaires. Or le contrat « est une opération essentiellement individuelle » (1).

Nous croyons cependant que la notion de contrat collectif n'est pas neuve en droit et que les syndicats ouvriers, qui discutent les questions de salaire avec le patron d'une usine, ne font pas autre chose que de régler, d'une façon collective, les clauses de chaque contrat individuel. M. Hauriou admet lui-même que « partout où il y a à régler la situation d'une masse d'hommes d'une façon uniforme, d'elle-même la réglementation apparaît (2) ».

On ne niera pas que l'acte passé par l'ouvrier avec le patron d'une grande usine soit un contrat. Le fait que les clauses du contrat de fonction publique de gestion sont fixées d'avance par la loi comme celles du contrat de travail par le règlement d'atelier, n'empêche pas la conclusion d'un accord sur des clauses immuables, pas plus que la fixité du prix n'empêche la vente.

On tire aussi argument de la forme dans laquelle est rendu le décret de nomination : « Quand le roi ou le ministre des finances, demande Giorgi (3); nomme un intendant, un trésorier, un receveur, fait-il un contrat avec Titus ou Caius désignés pour tel office? Par le décret de nomination conviennent-ils en quelque manière dans les règles et la forme d'un acte notarié ou d'un sous-seing privé? »

Il en est de même quand le maire nomme un employé municipal. « Tandis que, remarquait le ministre de l'intérieur en ses observations présentées sur l'affaire Cadot (4), les marchés ou traités administratifs dans lesquels le maire figure comme un gérant de la fortune communale et qui

1. Note dans S. 99. 3. 106, 2^e col.

2. *L. c.*

3. GIORGI : *La dottrina delle persone giuridiche*, I, n. 164.

4. Conseil d'Etat. 12 janvier 1883, Lebon, 1883, p. 29.

sont soumis aux principes du droit commun sont passés dans la forme ordinaire des actes contractuels, renfermant des conventions synallagmatiques, ici la fonction résulte d'un arrêté de nomination ... cet arrêté n'est pas pris par le maire en exécution d'une délibération du Conseil municipal, mais par le maire agissant sous le contrôle de l'administration supérieure, en vertu de l'article 12 de la loi du 18 juillet 1837 » (1).

D'ailleurs, a-t-on ajouté, s'il y avait là un contrat, il ne pourrait être passé que dans la forme des contrats ordinaires et, par conséquent, il aurait besoin pour produire ses effets juridiques de l'approbation de l'autorité supérieure.

Donc, en la forme, conclut-on, les arrêtés de nomination ne sont pas du tout contractuels, et c'est par un acte unilatéral que s'établit la relation de fonction publique, même de fonction de gestion.

La jurisprudence, par de nombreux arrêts, a sanctionné cette manière de voir, et même quand il y avait eu convention effective avec débat sur les clauses, elle s'est refusée à voir un contrat dans l'acte par lequel un architecte voyer est devenu l'employé d'une commune : « Le maire, dit un arrêt de la Cour de Limoges, nommant un architecte voyer de la commune fait un acte d'administration. Si la nomination n'a lieu qu'après des conventions proposées et acceptées de part et d'autres, il n'en résulte nullement que l'acte dont il s'agit, ait perdu son caractère administratif et doive être considéré comme un contrat » (2). Ainsi, celui qui

1. Devenu aujourd'hui l'art. 88 de la loi de 1884.

2. Limoges, 25 juin 1888, S. 88. 2. 186 ; Cf. Aix, 10 décembre 1878, D. 79. 2. 162 ; Nîmes, 24 février 1879, D. 79. 2. 162 ; Conflits, 27 décembre 1879 ; Lebon, p. 879 ; Cass., 7 juillet 1880, D. 80. 1. 368 ; Conflits, 7 août 1880, D. 82. 3. 27 ; Conseil d'Etat, 12 jan-

nomme à une fonction publique, ministre, préfet ou maire, « fait acte d'autorité hiérarchique et non de contractant » (1).

Il nous semble cependant que, comme le fait remarquer M. Brémond, il y a là des affirmations gratuites, de véritables pétitions de principe » (2). En effet, sans doute la nomination est unilatérale dans la forme, elle n'est que l'œuvre de celui qui nomme et qui procède par un arrêté auquel l'employé ne prend aucune part, mais ce n'est pas la nomination qui à elle seule établit la relation de fonction publique, elle n'est que la manifestation écrite, la divulgation publique de l'accord intervenu entre les deux parties, comme l'expliquent Seydel (3) et Laband (4). On oublie de tenir compte de l'acceptation de l'employé.

Ce n'est pas une contradiction de notre part que d'invoquer ici ce fait, alors que nous avons dénié sa valeur à propos des fonctions d'autorité. En effet, pour les fonctions de puissance publique, cette acceptation était inutile, la puissance publique ayant théoriquement le droit d'imposer la fonction ; ici au contraire elle est essentielle, puisqu'en matière de gestion, il n'y a plus de droit de contrainte. La nomination implique donc l'existence d'un contrat (5). De

vier 1883, D. 84, 3. 75 ; Conseil d'Etat, 13 décembre 1889, Lebon, p. 1148 ; Conflits, 4 juillet 1896, Lebon, p. 556.

1. Conseil d'Etat, 13 décembre 1889, Lebon, p. 1148 ; conclusions du commissaire du gouvernement.

2. BRÉMOND : *Revue critique*, 1891, p. 132.

3. SEYDEL : *op. cit.*, II, p. 185.

4. LABAND : *op. cit.*, II, p. 399-400.

5. Conflits, 27 décembre 1879. S. 81, 3, 36, GUIDET : conclusions du commissaire du gouvernement Cazalens : « nous reconnaissons qu'il est intervenu entre le sieur Guidet et la ville d'Autun un véritable contrat synallagmatique ; la nomination soit des fonctionnaires, soit des employés, impliquant toujours et nécessairement l'existence d'un tel contrat ».

plus, un contrat n'ayant pas même besoin d'être constaté par écrit, une forme écrite, même unilatérale n'empêche pas qu'il y ait contrat. D'ailleurs la nomination n'a généralement lieu qu'après la demande de l'employé, ou elle est suivie d'un accusé de réception qui vaut acceptation. Et même si ce consentement exprès n'est pas donné, l'acte peut encore demeurer un contrat, puisqu'il suffit pour l'existence de la convention d'un consentement tacite certain tel que la prise de possession de l'emploi. La forme unilatérale de la nomination laisse subsister la nature contractuelle de la relation. L'acte administratif n'est, comme le dit un commentateur, que la manifestation du contrat antérieurement formé (1).

D'autre part la nomination même des fonctionnaires de gestion a bien lieu « en vertu de la loi » que vise l'arrêté, mais ce n'est pas ce fait, que la loi autorise ces nominations, qui peut nous porter à leur refuser le caractère contractuel » (2), car c'est en vertu de la loi et sous sa protection que s'exercent toujours nos droits : c'est elle qui autorise le père à gérer les biens de son fils mineur, c'est en vertu du Code civil et de ses dispositions au titre du mandat qu'un intendant aura le droit de faire tels actes d'admi-

1. *Gazette des Tribunaux* du 11 juin à propos de l'affaire Guidet : « Dans les différentes affaires, les tribunaux de première instance avaient reconnu l'existence du contrat de louage de services : les cours d'appel en ont au contraire nié l'existence et n'ont reconnu qu'un acte administratif. L'un et l'autre existent cependant, et sans nier l'acte administratif, il faut aussi reconnaître l'existence du contrat de louage qui se forme avant même que le maire prenne son arrêté. L'arrêté municipal, acte administratif, n'est que la manifestation du contrat antérieurement formé ; il proclame l'accord établi entre les parties ; il consacre leur consentement mutuel ».

2. BRÉMOND : *op. et loc. cit.*

nistration sans encourir d'autre responsabilité que celle de ses fautes graves. L'intervention de la loi ne modifie donc pas la nature de la relation qu'elle régit.

Giorgi objecte encore qu'en nul endroit du Code civil il n'est parlé du contrat de fonction publique et demande dans quel article l'autorité qui a fait la nomination trouve ce droit de modifier à son gré la situation qu'elle a créée ? (1). Assurément il n'y a pas dans le Code de chapitre spécial relatif à ce contrat, mais la loi ne procède que par dispositions générales et il n'est pas prouvé que cette situation ne puisse rentrer dans un des types de contrats réglés par la loi, or c'est ce qu'il faut démontrer.

L'auteur italien ajoute que cette situation n'a d'analogie avec aucun autre contrat ; quelle différence cependant y a-t-il entre la situation d'un employé des chemins de fer de l'Etat et celle d'un employé des chemins de fer de la compagnie d'Orléans ? Nous n'en voyons aucune et à aucun point de vue. Cela résulte non pas seulement de ce fait que l'Etat n'a que pris la suite des affaires des compagnies privées qui avaient sombré (2) mais encore des travaux qui ont accompagné la promulgation du décret de 1878 et notamment du rapport de M. de Freycinet, des travaux préparatoires de la loi du 27 décembre 1890, et de nombreux textes qui assimilent en maintes circonstances l'Etat et les compagnies privées dans leur exploitation (3).

Dans l'article 11 du décret du 25 mai 1878 en qualifiant d'« agents temporaires » ou « d'agents en service détaché » les employés de chemins de fer de l'Etat, le législateur indiquait que ces agents n'étaient que des employés auxiliaires dont le caractère est essentiellement

1. GIORGI : *La dottrina*, loc. cit.

2. Voir PICARD : *Traité des chemins de fer*, III, p. 21 et 25.

3. Voir la note de M. Chavegrin, S. 98.1.385.

d'être des contractants de droit privé ; de telle sorte que si l'essai d'exploitation par l'Etat ne réussissait pas on passerait la suite des affaires à une compagnie privée sans modifier le caractère juridique des relations entre l'administration et le personnel de ces chemins de fer.

Plus récemment dans la discussion de la loi de 1890 sur la résiliation du louage de services, dont le projet primitif n'avait pour but que de régler la situation des employés des compagnies de chemins de fer, le législateur a affirmé sa volonté d'appliquer les conditions du louage aux employés des chemins de fer de l'Etat, et a considéré cette application comme logique et naturelle.

En 1882, M. Lorois l'affirmait à la Chambre des députés (1) ; en 1888 le rapporteur M. Poincaré ne voit aucune raison de refuser l'application des règles du louage aux employés des chemins de fer de l'Etat puisque leurs devoirs, leurs droits et leurs obligations sont identiques à ceux des compagnies privées, et qu'un mécanicien passant du réseau de l'Etat à celui d'Orléans ou inversement ne voit absolument rien de changé dans sa situation juridique vis-à-vis de son patron (2).

Enfin des textes nombreux ont assimilé l'Etat exploitant son réseau aux compagnies concessionnaires, en ce qui concerne l'exploitation même des chemins de fer et les litiges dont elle peut être l'origine. Ainsi, pour la responsabilité, l'article 22 de la loi du 15 juillet 1845 et la loi des

1. « Il est bien entendu, disait-il que les employés des chemins de fer de l'Etat jouiront des mêmes avantages que ceux des six grandes compagnies, c'est-à-dire que la loi (qui devait être celle du 29 décembre 1890) s'appliquera aux employés des chemins de fer de l'Etat comme aux autres. » *Journal officiel*, Chambre, Débats : 22 décembre 1882, p. 2108.

2. Rapport Poincaré, *Journal officiel*, 1888, Chambre. Annexe 3472, p. 881.

finances du 22 décembre 1878 dans son article 9 affirment cette identité de situation, la jurisprudence civile l'a établie (1). Mais profondément illogique, celle-ci applique la responsabilité contractuelle de droit privé, et cependant rejette la demande d'un employé protestant contre une rupture injustifiée du contrat passé avec l'Etat sous prétexte que « le renvoi d'un employé des chemins de fer de l'Etat est un acte administratif dont l'appréciation est interdite à l'autorité judiciaire (2).

La jurisprudence en décide de même sur la situation des employés communaux auxquels on dénie fréquemment la qualité de fonctionnaires (3).

Jusqu'en 1879, la jurisprudence civile les considérait comme des contractants de droit privé et la jurisprudence administrative se trouvait être d'accord avec elle parce que, ne leur reconnaissant pas la qualité de fonctionnaires, elle admettait la possibilité pour eux de passer avec l'Etat un louage de services (4).

Mais après des arrêts contradictoires de Cour d'appel (5) le tribunal des conflits, placé dans l'alternative qu'il s'était créée lui-même, par son refus de reconnaître un caractère de droit privé à certains fonctionnaires, ou de refuser aux

1. Cass. 8 juillet 1889, S. 90. 1. 473.

2. Orléans 28 novembre 1891. S. 92. 2. 105 ; Cf. Conseil d'Etat 10 juillet 1885. Lebon, p. 664, S. 87, 3. 18.

3. Voir les arrêts cités plus haut, p. 566, note 2.

4. Lyon, 3 février 1872. D. 73. 2. 33-34 ; Villefranche : 1^{er} août 1873. D. 73. 3. 96 ; Conflits : 21 juillet 1873 ; Lebon 1873, p. 743 ; Conflits : 17 mai 1873. D. 74. 3. 4. *Michalard* ; Lyon : 10 juillet 1874. D. 75. 5. 279 ; Poitiers : 12 février 1875 ; Orléans 17 août 1877 ; Marseille, 2 août 1878. D. 79. 2. 162 ; Alais, 14 août 1878, D. 79. 2. 162 ; Cass. 8 mai 1879 ; Conflits, 28 février 1879, *Meister* ; Conflits, 14 juin 1879. D. 79. 3. 67.

5. Aix, 8 août 1878, D. 79. 2. 161 ; 10 août 1878, D. 79. 2. 161 ; Nîmes, 24 février 1879. D. 79. 2. 164.

employés communaux la qualité de fonctionnaires parce qu'ils louaient leurs services, ou d'en faire des agents administratifs soumis à un régime unilatéral, a préféré la seconde solution (1).

La vérité est que cette alternative n'existe pas : il y a bien contrat de droit privé, ainsi que l'a affirmé la jurisprudence antérieure à 1879 ; il y a bien fonction publique ainsi que le déclare la jurisprudence actuelle ; c'est donc une fonction publique de droit privé. Pour avoir voulu l'ignorer, la jurisprudence du tribunal des conflits s'est jetée dans la plus flagrante contradiction et a laissé le problème irrésolu.

Une dernière objection de forme contre l'application de la théorie contractuelle à la fonction de gestion, a été présentée par le ministre de l'Intérieur devant le tribunal des conflits, à propos de la révocation d'un architecte municipal (2). « S'il y avait contrat passé par le maire avec l'architecte », remarque le ministre de l'Intérieur dans ses observations « il faudrait l'approbation préfectorale ce qui n'existe pas dans l'espèce ».

L'objection nous paraît peu sérieuse. En effet, si un contrat passé par le maire doit recevoir cette approbation, il peut la recevoir sous une forme quelconque et il n'est pas nécessaire qu'elle soit l'objet d'un acte spécial. En maintes circonstances, toutes les fois que le contrat nécessite une dépense budgétaire, cette autorisation n'est donnée qu'au moment de l'approbation du budget général dans lequel figure la dépense. Il ne peut qu'en être ainsi quand il s'agit

1. Conflits 27 décembre 1879, *Guidet*, S. 81. 3. 36 ; Conflits 7 août 1880 ; *Le Goff*, S. 82. 3. 11. Cf. Conseil d'Etat 29 mars 1890. S. 92. 3. 65 ; conseil d'Etat, 13 décembre 1889, S. 92. 3. 17 ; conseil d'Etat 29 avril 1892, S. 94. 3. 33.

2. Aff. Legoff, conflits, 7 août 1880, Lebon, p. 754.

du traitement convenu entre la personne administrative et l'employé. L'approbation du budget implique la ratification du contrat à titre onéreux passé entre le maire et l'employé.

2° *Objections de fond.* — Les objections de forme écartées, il nous faut examiner celles qui touchent au fond même de la relation contractuelle. On reproduit ici toutes celles dont nous sommes nous-mêmes servi pour écarter l'application générale des théories de droit privé à toutes les fonctions de droit public de quelque nature qu'elles soient. « La nomination, demande Giorgi, est-elle assujettie aux règles sur la capacité, le consentement, la rescision, les nullités, la prescription, qui sont enregistrées dans le Code civil ? Le droit que conserve la puissance publique de supprimer l'office, de révoquer ou encore de déplacer l'employé, le droit de lui donner de l'avancement ou au contraire de le rétrograder, sont-ils donnés par un article du Code ou au moins tirés d'une analogie avec un autre contrat » (1) ?

Toutes ces objections qui sont valables et que nous avons admises quand elles s'adressaient à la puissance publique, tombent dès qu'il s'agit de la personne morale de l'Etat et de ses relations avec un fonctionnaire. En effet, l'Etat, en tant que personne de droit privé, a le pouvoir de passer et passe effectivement de nombreux contrats ; les parties contractantes sont égales en droit puisque ce n'est pas la personne morale-Etat qui a l'autorité publique : « L'Etat, disait M. Thiers (2), est un gros personnage, mais devant la liberté des contrats le plus gros et le plus petit sont égaux ». De même la coutume n'est pas soustraite à l'égalité de la loi civile quand elle passe un contrat avec un employé, et les règles spécia-

1. GIORGI: *op. cit.*, I, n. 164.

2. Assemblée nationale, séance du 20 juin 1871.

les de ces contrats n'ont d'autre effet que de protéger l'intérêt des contribuables.

L'objet de la convention est parfaitement licite : ce qui serait illicite, ce serait de mettre à la disposition du co-contractant l'autorité publique, mais ici elle n'est pas en jeu. L'objet du contrat est une prestation de services parfaitement légitime. Dans ses observations sur l'affaire Cadot (1) le ministre de l'Intérieur disait qu'on peut « considérer l'employé comme un mercenaire ou un simple ouvrier louant, moyennant salaire, ses services ou son travail » ; parce que « il participe à l'action administrative : sa nomination, sa suspension, sa révocation touchent par suite dans une certaine mesure à l'intérêt public ». Eh ! non, il n'y a pas d'intérêt public quand il s'agit de fonction de gestion. La révocation d'un fonctionnaire d'autorité seule touche à la puissance publique, concerne *l'intérêt public*, c'est-à-dire l'intérêt supérieur de l'Etat, l'ordre public ; celle d'un fonctionnaire de gestion ne peut porter atteinte qu'à *l'intérêt général*, à l'intérêt collectif, intérêt de droit privé (2). « En effet ici, dit M. Perreau (3), aucun intérêt supérieur de conservation sociale n'est en jeu ; il n'y a qu'un intérêt, même pas un intérêt, une utilité sociale. Ils (ces fonctionnaires de gestion) ne représentent pas l'Etat gardien de l'ordre public, mais l'Etat industriel, entrepreneur, commerçant, c'est-à-dire l'Etat agissant comme un particulier. Ils ne sont alors considérés que comme la matérialisation du pouvoir social, comme les mandataires ou préposés d'un commerçant, d'un industriel ; il n'y a aucune raison juridique ou rationnelle qui oblige à faire une distinction dans ce second cas entre les agents d'un particulier et ceux de

1. Conseil d'Etat : Lebon, 1883, p. 29.

3. PERREAU : *De la responsabilité des fonctionnaires publics*, (thèse), p. 69.

l'Etat ». Il y a donc dans cette prestation de services l'objet licite d'un contrat de droit privé.

Persistant dans sa conception de la fonction d'intérêt public, le ministre de l'Intérieur niait la liberté du consentement réciproque des parties dans la nomination, la suspension ou la révocation, et par suite la possibilité de discuter devant la juridiction administrative un acte qui au fond n'est pas un contrat. « Il est indispensable que l'administration conserve dans le choix, la suspension et la révocation de ses agents, une liberté complète, une autorité discrétionnaire à laquelle la plus grave atteinte serait portée si l'on reconnaissait à l'employé le droit de discuter les motifs de la décision de ses chefs à son égard et de former une demande en dommages-intérêts à raison, soit de la suspension momentanée de ses appointements par mesure disciplinaire, soit de la privation de son emploi » (1).

Ainsi dans la formation du lien juridique de fonction publique de gestion, il n'y aurait pas de liberté de consentement de la part de l'employé qui deviendrait fonctionnaire par un acte unilatéral (2).

D'autre part, des auteurs de droit public ont même nié la liberté de l'Etat. Ainsi, écrit M. Laferrière, tandis que « les personnes privées choisissent librement leurs auxiliaires, l'Etat ne peut connaître tous les siens dont l'admission et l'avancement dépendent souvent du concours et de

1. Lebon, 1883, p. 28.

2. « Il n'existe point, dit M. Hauriou d'échange contractuel du *consentement* entre l'administration et le fonctionnaire au moment de la nomination de celui-ci ; la nomination est essentiellement un acte de puissance unilatéral ; sans doute le fonctionnaire accepte sa nomination et souvent il l'a sollicitée mais il l'accepte comme une loi ou une ordonnance, et non pas comme la sollicitation d'un contrat ». HAURIOU : note S. 99. 3. 106 2^e col.

l'ancienneté (1) ». Or c'est précisément dans les fonctions techniques que le besoin de concours se fait le plus sentir. La liberté, base du contrat, serait donc absente des fonctions publiques, même de gestion, à la fois du côté de l'Etat et du côté des fonctionnaires.

Il n'en est rien. L'employé n'obéit pas à un ordre quand il devient fonctionnaire, et son entrée en fonctions n'est pas l'œuvre d'un acte unilatéral de la part de l'Etat, quand il s'agit de fonctions de gestion. La puissance publique qui nomme à la fonction d'autorité peut théoriquement l'imposer au fonctionnaire, mais nous avons vu qu'elle est absente des fonctions de gestion ; il ne peut donc se créer de lien juridique de fonction publique que par suite de l'acceptation du fonctionnaire.

D'un autre côté, c'est également une erreur de dire que la personne administrative n'est pas libre de choisir ses fonctionnaires. Dans la commune, le maire fait généralement un choix direct de l'employé municipal ; dans l'Etat, le ministre a parfois, en fait, un pouvoir discrétionnaire, et l'étendue de son choix est illimitée. Si des conditions de diplôme et de concours sont exigées pour la nomination, le diplôme ou le jugement du jury de concours ne postulent pas nécessairement la nomination par le ministre qui seul peut conférer la fonction. C'est l'Etat qui a fixé ces règlements de manière à n'accepter que des candidats capables, et loin de nuire à sa liberté, ils l'affirment au contraire en provoquant un meilleur choix et lui permettant de repousser plus facilement les demandes de candidats jugés incapables de remplir la fonction. D'ailleurs, aujourd'hui, des compagnies privées, comme la Banque de France, le Crédit Foncier, les compagnies de chemins de fer, ont

institué des concours absolument identiques, et nul n'a prétendu que la nature juridique du lien qui les unit à leurs employés, celle de contrat de droit privé, en ait été modifiée.

On insiste également sur les effets produits par la collation d'une fonction publique pour montrer que cette situation n'est pas contractuelle. Ainsi M. Hauriou déclare qu'« au point de vue des effets la situation du fonctionnaire n'est pas contractuelle en ce sens que les avantages de la fonction ne constituent pas pour lui des droits acquis à la manière des droits contractuels ; c'est ainsi que le traitement attaché à la fonction ne lui est point acquis pour une certaine durée mais seulement pour les services faits, et peut être modifié pour l'avenir par des dispositions nouvelles » (1).

Mais c'est se méprendre sur la nature du contrat en question. Nous avons dit que c'était un louage à durée indéterminée ; l'engagement réciproque des parties n'est pas perpétuel, il a lieu au contraire jour par jour par tacite reconduction ou au plus pour une période égale à la durée des délais de congé. Si à tout instant chacune des parties peut résilier le contrat tout entier, à plus forte raison peut-elle en modifier une des clauses ; l'Etat ne fait pas autre chose par ses lois. Est-il interdit à un chef d'industrie privée de modifier les salaires de ses ouvriers qui ont contracté avec lui un louage à durée indéterminée ? Il suffit qu'il les prévienne de cette modification pour que les intéressés puissent user de leur droit de résiliation, et la liberté de chacun est respectée.

On objecte enfin qu'il serait puéril et naïf de vouloir considérer comme contrat un lien juridique qui ne peut rece-

1. S. 99. 3. 106, 2^e col. note.

voir d'exécution si l'une des deux parties ne s'y prête pas ; car en définitive il faudra, pour faire respecter le contrat, que l'Etat s'en impose l'exécution à lui-même.

Remarquons d'abord que tout accord ne reçoit jamais qu'une interprétation relative et non absolue, puisque c'est la loi qui interprète, applique, contrôle l'exercice des droits et pouvoirs que deux personnes se sont mutuellement concédées, et cependant cet accord reste un contrat.

Il faut distinguer dans un rapport juridique de cette nature entre le *contrat* lui-même et le lien du contrat (1), le premier étant la convention elle-même, génératrice des obligations, et le second consistant dans le pouvoir et l'efficacité de la loi qui l'applique, qui pourvoit à son exécution et aux remèdes en cas d'inexécution. Le lien du contrat est donc différent de l'obligation, et n'est pas inhérent au contrat lui-même. Or le contrat peut exister même si cette force obligatoire n'est pas le résultat d'une déclaration expresse de la loi objective ; « il y a, dit Story, un lien même en dehors des lois positives » et cela non seulement en droit national, mais encore en droit international.

S'il n'y a pas d'exécution possible, le lien n'en subsistera pas moins ; il n'est pas détruit, il n'est qu'affaibli et cela se présente en mainte circonstance. « Ainsi, dit Story, la législation d'un Etat peut refuser l'emprisonnement pour dettes, et le débiteur peut ne posséder aucun bien ; en ce cas le droit du créancier reste entier, mais suspendu pour être exercé plus tard contre la propriété future du débiteur. Celui-ci peut mourir sans laisser ni biens ni représentants ; dans ce cas on ne peut pas dire que le droit du créancier soit éteint, car en supposant qu'un administrateur vienne à être nommé et que la succession acquière des biens, les

1. STORY : *Commentaire sur la Constitution des E. U.*, trad. P. Odent, II, p. 217.

droits des créanciers pourront être exercés sur les biens advenus » (1).

De même ici nous disons qu'il y a un contrat entre l'Etat et le fonctionnaire ; on nous objecte qu'il n'a pas force obligatoire contre l'Etat. Nous répondons que le contrat, même inexécuté, n'en subsiste pas moins.

Et même ici, il y a une réponse meilleure encore. Le lien du contrat est parfaitement exécutoire et il n'est pas entravé par des règles de fond, mais seulement par des règles de procédure. En effet, le contrat n'aurait pas force obligatoire contre l'Etat souverain, contre l'Etat puissance publique, et c'est pourquoi nous n'avons pas accepté la théorie contractuelle pour les fonctions d'autorité ; mais ici, c'est l'Etat personne morale et privée qui a contracté avec le fonctionnaire de gestion ; la puissance publique peut parfaitement exécuter ses décisions contre l'Etat personne morale. Sans doute il y a des règles spéciales de procédure pour faire déclarer l'Etat débiteur, mais elles ne font que protéger l'intérêt général et ne touchent pas à l'existence même de la dette. Nous avons déjà constaté cette tendance fâcheuse à mettre la puissance publique au service de la personne morale de l'Etat, mais, s'il y a là une erreur de droit positif de la part de celui-ci, l'existence d'une procédure spéciale contre lui n'est qu'une règle privilégiée qui ne touche en rien à la nature juridique de la relation. Le fonctionnaire peut rester créancier de l'Etat, sans obtenir directement la liquidation de sa créance (2).

Ainsi sont écartées les objections de forme et de fond élevées contre la théorie contractuelle de la fonction de gestion.

On craint ses conséquences et surtout celle-ci, à savoir

1. STORY : *op. cit.*, p. 218.

2. Cf. BERTHÉLEMY : *Droit administratif*, p. 59, note 1.

que l'administration verrait son pouvoir diminuer vis-à-vis de ses agents. Faire des fonctionnaires des contractants de droit privé c'est, dit-on, soumettre à l'appréciation des tribunaux civils le droit de nomination, de révocation, de suspension ; du jour où le pouvoir central sera soumis à une responsabilité pécuniaire vis-à-vis de ses subordonnés, une partie de son autorité lui sera enlevée (1).

C'est mal connaître le droit commun. En effet, tout ouvrier, tout employé engagé sans détermination de durée, peut être privé de ses fonctions à tout instant sans qu'il puisse exiger la preuve de la légitimité des motifs de son congé ni la réparation du préjudice qu'il supporte, toutes les fois qu'il ne démontre pas la mauvaise foi du congédiant (2). Or d'une part il nous semble de toute équité que l'Etat de mauvaise foi doive réparer le préjudice qu'il cause. D'autre part, la notion de mauvaise foi étant essentiellement contingente et variable suivant la situation des parties, il est certain qu'en matière de fonction publique, et au cas de révocation, la mauvaise foi ne saurait être constituée par le désir légitime des pouvoirs publics d'exclure de l'administration un employé peu zélé. Le droit des supérieurs hiérarchiques reste donc entier. Ceux-ci peuvent toujours, et souvent impunément, révoquer *ad nutum* le fonctionnaire. Leur droit n'est que tempéré par la notion d'équité et de bonne foi, ce qui n'est pas un mal politique.

Enfin on craint l'ingérence des tribunaux judiciaires

1. Conclusions du commissaire du gouvernement devant le tribunal des conflits, 27 décembre 1879, S. 81. 3. 86. Cependant la question de compétence n'est pas liée à la question de fond (MICHOUX : *De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents. Revue du droit public et de la science politique*, 1895, II, p 29).

2. J. FERRAND : *De la résiliation du louage de services à durée indéterminée.*

dans l'administration et une atteinte au principe de la séparation des pouvoirs. A la responsabilité pécuniaire de l'Etat qui répare le préjudice causé au fonctionnaire, on préfère la responsabilité politique du gouvernement. « Le gouvernement nomme et révoque ses agents, disait M. Poincaré, mais il est responsable devant les Chambres et devant l'opinion publique. Et si les tribunaux refusent d'accorder des indemnités aux fonctionnaires révoqués, c'est pour ne pas empiéter sur le domaine de l'Exécutif qui agit dans la plénitude de ses droits sous le contrôle du Parlement » (1).

Cette responsabilité est illusoire. D'abord elle ne répare pas le préjudice causé au fonctionnaire privé de son emploi alors qu'il comptait sur lui pour le reste de ses jours. Puis, en fait, la responsabilité du gouvernement n'est guère mise en jeu par des nominations ou des révocations de fonctionnaires de gestion qui n'ont pas la faveur d'intéresser les membres du Parlement au même point que les fonctionnaires politiques.

D'autre part, il est inexact de dire qu'accorder une indemnité au fonctionnaire révoqué avec mauvaise foi, c'est porter atteinte au principe de la séparation des pouvoirs. En effet la puissance publique n'est pas ici en question, et le pouvoir donné aux tribunaux judiciaires d'accorder une indemnité n'emporte pas le droit de critiquer l'acte administratif de révocation. Ce n'est pas le critiquer indirectement et par suite empiéter d'une façon déterminée sur le pouvoir exécutif, pas plus que ce n'est intervenir dans le contrat de travail, que de donner des dommages-intérêts à l'ouvrier congédié injustement. Le pouvoir exécutif n'aura jamais les mains liées ; il ne fera qu'obéir à ce principe

1. Chambre des députés, *Journal officiel*, 29 décembre 1888. Rapport de M. Poincaré, annexe 8372, p. 21.

supérieur du droit qui veut que quiconque cause injustement à autrui un dommage en doit réparation (1).

Il nous faut enfin constater que la jurisprudence la plus récente et même la doctrine reviennent vers cette solution dont elles s'étaient écartées.

Nous avons vu en effet que jusqu'à 1880 la jurisprudence civile faisait de beaucoup de fonctionnaires de gestion des locateurs de services sans leur reconnaître la qualité de fonctionnaires ; depuis 1880, au contraire, la jurisprudence dominante et celle du tribunal des conflits leur accordent l'état de fonctionnaire, mais leur refuse celui de locateur de services parce que pour elle il y a antinomie entre ces deux qualités.

Cependant la plus récente jurisprudence semble revenir à une meilleure application des principes de droit. Elle avait autrefois reconnu qu'il pouvait y avoir convention effective entre le maire et un employé municipal ; c'est ainsi que le Tribunal des Conflits avait admis que le traité passé entre le maire d'une commune et les personnes appelées, à titre d'employés auxiliaires, à établir le recensement de la population, constitue un louage de services, et par suite est de la compétence judiciaire (2).

Un commissaire du Gouvernement devant le Tribunal des Conflits a nié qu'il y eût, dans le cas précédent, une fonction publique : « il ne s'agissait là, dit-il, que d'un travail spécial dont les conditions avaient été débattues entre les parties et dont l'entreprise n'avait pu conférer aux personnes qui s'en étaient chargées le caractère de véritables employés (3) ». Mais l'arrêt lui-même les qualifie d'em-

1. Voir les conclusions du commissaire du gouvernement devant le conseil d'Etat, 10 juillet 1885 : S. 87. 3. 18.

2. Conflits, 17 mai 1873, *Michalard*, S. 75. 2. 120.

3. Conflits, 27 décembre 1879 ; S. 81. 3. 37 ; D. 79. 2. 161.

ployés, et leur qualité d'auxiliaires ne leur enlève rien de ce caractère. Toutes les administrations qui ont des travaux urgents à faire exécuter prennent ainsi des auxiliaires qui acquièrent pour un temps déterminé le titre de fonctionnaire et en ont les prérogatives.

Un cas analogue s'est présenté à propos des agents de la Compagnie des allumettes. Quand en 1872 l'Etat a cédé à la Compagnie des allumettes chimiques le monopole de la fabrication moyennant une redevance, en même temps qu'il faisait un acte de concession, acte de puissance publique, il concluait un contrat synallagmatique. Une des clauses de ce contrat, ce fut que des commissions seraient données à des agents de la Compagnie pour leur conférer le rang et les prérogatives des agents supérieurs de la régie des contributions indirectes, à l'effet d'ordonner des visites domiciliaires. Lorsque le ministre des Finances voulut retirer ces commissions, le Conseil d'Etat reconnut que ces agents étaient fondés à demander une indemnité pour ces révocations (1).

Des auteurs de droit public ont même admis la possibilité de conventions formelles : M. Laferrière cite l'exemple des missions temporaires (2) ; M. Hauriou reconnaît que le contrat est possible (3) dans des cas exceptionnels et avec des effets qui ne font obstacle qu'au refus d'indemnité.

La jurisprudence a fini par poser ce principe général que la fonction publique de gestion *peut* faire l'objet d'un contrat (4) dont la rupture intempestive rendrait possible l'obtention de dommages-intérêts ; enfin, dans des arrêts

1. Conseil d'Etat. 25 mars 1878 : D. 78. 3. 57.

2. LAFERRIÈRE, *Juridiction administrative*, I, p. 620.

3. HAURIOU note dans S. 92. 3. 20. 2^e col.

4. Conseil d'Etat : 28 juillet 1882, Lebon. p. 739 ; 12 janvier 1883. S. 84. 3. 76 et note.

plus récents, elle semble admettre d'une façon générale que la fonction publique de gestion est contractuelle quand elle a une durée déterminée (1).

Cette dernière opinion de la jurisprudence entre l'acte administratif et le contrat de droit privé lui enlève son apparence de logique et son homogénéité. En effet elle demeurerait logique en disant que toutes les fonctions de gestion étaient des contrats ou bien que toutes constituaient un rapport unilatéral ; mais elle ne l'est plus quand elle affirme que l'engagement de l'employé est un contrat au cas où il a une durée déterminée, un rapport unilatéral quand il est à durée indéterminée. Comment la durée assignée à une convention peut-elle en modifier la nature juridique ? Entre deux contrats dont l'un est fait pour un temps et l'autre sans détermination de durée, il n'y aucune différence juridique. Ils sont soumis aux mêmes règles de droit quant à leur formation, à leur existence, à leurs conséquences. Si celles de la dissolution sont différentes, cependant l'accord par lui-même produit les mêmes effets. Et même la jurisprudence admet la faculté de résiliation pour certains contrats à durée déterminée, surtout dans les contrats à court terme. Donc le criterium de la jurisprudence ne repose sur aucun fondement. Il faut généraliser et dire que, dans tous les cas, il y a contrat de fonction de gestion. C'est le but vers lequel semblent tendre les derniers arrêts (2) et que poursuivaient déjà les auteurs qui ont critiqué la jurisprudence antérieure (3).

1. D. 91. 3. 41 : affaire *Cadot* (implicitement) ; D. 95. 3. 69 ; S 96. 3. 108, aff. *Nil*, Conseil d'Etat, 11 juillet 94 (implicitement).

2. Tribunal de la Seine : *Gazette des Tribunaux*, 5 avril 1896.

3. LALLEMENT : *Journal des conseillers municipaux*, 1879, p. 59. HALLAYS-DABOT dans le *Recueil des arrêts du Conseil d'Etat*, 1879 p. 506 et 879. BRÉMOND : *Revue critique*, 1882, p. 22. 1891, p. 131, 1894, p. 328.

Il nous reste maintenant à déterminer quelle est la nature de ce contrat de droit privé qui engendre la relation de fonction publique de gestion.

III. — *Nature du contrat de droit privé de la fonction de gestion.*

Nous avons vu, en étudiant les théories de droit privé, que des auteurs ont appliquées à toutes les fonctions même d'autorité, qu'en aucune circonstance celles qui faisaient du droit du fonctionnaire un droit réel engendré par un contrat de précaire, de louage de choses, par une donation ou une vente, ne pouvaient trouver aujourd'hui leur application.

En montrant au contraire que la relation de fonction publique était un lien personnel qui unit directement le fonctionnaire à l'Etat, mais en repoussant l'application générale de la relation de louage de services et de celle de mandat, nous avons déclaré cependant que dans les cas nombreux où la puissance publique n'était pas en jeu, la fonction publique apparaissait comme un louage ou un mandat.

Toute fonction publique de gestion peut être l'objet de l'un de ces deux contrats. Auquel des deux faut-il recourir pour expliquer la situation du fonctionnaire de gestion ? C'est ce que nous allons examiner.

Le choix qu'il importe de faire entre la relation du mandat et celle de louage a une importance qui, pour paraître plus considérable qu'elle n'est en réalité, mérite cependant d'être signalée. En effet, parmi les nombreuses différences qui séparent les deux contrats, il en est qui, en matière de fonction publique, ont un intérêt particulier, spécialement au point de vue de la révocation, de la démission volontaire et de la responsabilité du fonctionnaire.

Le mandat permet la révocation *ad nutum* du fonctionnaire à tout moment, même sans motifs, sans qu'une indemnité lui soit due en principe pour cette révocation (1).

Une convention en ce sens est parfaitement valable (2) et généralement on considère qu'il n'est pas besoin pour cela d'une convention spéciale (3). Au contraire les employés salariés voient leur situation mieux garantie par la loi du 27 décembre 1890. Une révocation arbitraire qui leur est imposée, avant la fin de leur fonction dans un contrat à durée déterminée, ou sans un congé préalable dans le louage à durée illimitée, donne droit à des dommages-intérêts qui peuvent atteindre le traitement de plusieurs mois et même d'une année (4). Une convention renonçant à cette garantie serait nulle de plein droit (5). En fait cependant cette différence est atténuée dans le mandat salarié, une rupture intempestive peut causer un dommage qui nécessite réparation (6).

Inversement le mandataire peut rompre son engagement (art. 2007) sans être tenu à une indemnité, s'il ne laisse pas inachevée l'entreprise commencée, c'est-à-dire non pas s'il n'a déjà géré sa fonction depuis quelque temps, mais au moins s'il ne termine l'acte spécial qui réclame ses soins. Au contraire le locateur de services ne peut imposer sa démission avant la fin du louage s'il a une durée déterminée ou sans congé préalable s'il a durée illimitée, sinon il s'expose à une action en dommages-intérêts (7).

1. C. civ. art. 2004.

2. Cass.; 10 novembre 1891, S. 91. 1. 529.

3. Cass., 13 janvier 1892 ; D. 92. 1. 585, note de M. Planiol.

4. M. PLANIOL, *l. c.* ; FERRAND, *op. et loc. cit.*, LAURENT : *Droit civil*. XVII, 97.

5. a. 1780, c. civ. (Loi du 27 décembre 1890).

6. Douai, 20 avril 91. D. 92. 2. 51.

7. C. civ. a. 2000.

En second lieu, au point de vue de la responsabilité respective de l'Etat et du fonctionnaire de gestion, des principes différents régissent la situation créée par le mandat et celle qui est engendrée par le louage. La responsabilité de l'Etat mandant est plus lourde que celle de l'Etat patron. Le premier doit indemniser le mandataire de tous les dommages que celui-ci a subis dans l'exercice de ses fonctions. Le preneur de services loués, au contraire, n'est tenu de réparer que le dommage qu'il cause directement, par un fait personnel de négligence ou d'imprudence, à son employé (1) par application du droit commun des articles 1382 et suivants.

De même l'Etat mandant est solidaire de son employé qui occupe lui-même d'autres ouvriers, quand ceux-ci sont victimes d'un accident par la faute commune de l'Etat qui a préparé par ses plans, de l'employé qui fait exécuter par ses ouvriers un travail quelconque (2); si cet employé est insolvable, c'est l'Etat qui paiera le dommage causé (3). Au contraire, s'il n'y a qu'un louage de services la solidarité de l'Etat et de l'employé disparaît (4).

Inversement on appliquera les mêmes principes pour la responsabilité du fonctionnaire vis-à-vis de l'Etat : l'employé est mandataire, il devient responsable envers l'Etat dans les termes assez étroits des articles 1991 et suivants : s'il loue ses services, il encourt la responsabilité plus générale de l'art. 1382.

1. Cass. 14 avril 1886.

2. C. civ. a. 2002.

3. Cf. CHAVERIAT : *Annales de droit commercial*, 1888, II. Doc. p. 18.

4. Conseil d'Etat, 1^o juillet 1892. D. 92. 3. 92 ; BRÉMOND dans la *Revue critique*, 1894, p. 328.

§ 1^{er}. — *Théorie du mandat.*

On a invoqué en faveur de la théorie du mandat des fonctionnaires de gestion, un motif tiré du droit romain que l'on confirme par un argument de notre droit positif. Le mandat, dit-on, est gratuit ; or la fonction publique est une prestation de services qui d'un côté ne peut faire l'objet d'un prix de la part de l'Etat, et qui d'un autre côté n'a pas pour but le lucre de la part du fonctionnaire (1). C'est pourquoi dans notre droit positif les fonctions sont hors du commerce et ne donnent pas le droit de réclamer le traitement par une action devant les tribunaux judiciaires. En droit romain comme en droit français, la fonction publique fait donc l'objet d'un contrat gratuit, c'est-à-dire d'un mandat.

Mais l'argument est sans valeur, car il y a des mandats salariés (arg. art. 1986) et le salaire est un prix.

De plus la notion actuelle du mandat est différente de celle du droit romain ; tandis que dans le droit romain et l'ancien droit, on admettait deux conventions dans la formation de ce mandat salarié, l'une pour le mandat, l'autre pour le salaire, on reconnaît aujourd'hui qu'il n'y a qu'un seul accord de volontés, où chacune des parties prend un engagement ; par suite la convention est indivisible ; le prix et le traitement font partie du contrat.

De plus, si l'on ajoute que le fonctionnaire ne peut demander en justice le paiement de son traitement, c'est méconnaître ce principe essentiel qui fait même l'objet d'un article du Code : qu'à moins d'être contraire à l'ordre public toute convention fait loi entre les parties et doit être exé-

1. TROPLONG : *Du louage*, n. 791, et *Mandat*, n. 164 et s. MARCADÉ : sous l'art 1779 ; COLMET DE SANTERRE : *Droit civil*, VIII, n. 204 bis.

cutée ; or rien ne défend à celui qui promet un travail, de stipuler une rémunération. Cette stipulation licite doit donc être sanctionnée. Elle l'est effectivement dans beaucoup de cas par notre jurisprudence (1), nous l'avons vu, et d'une façon générale en Allemagne, où cette action en justice est prévue et réglée par la loi du 31 mars 1873.

La gratuité n'est donc pas de l'essence ni du mandat, ni de la fonction publique.

On dit qu'il s'agit de services inestimables et l'on cite l'enseignement du professeur à la Faculté, les découvertes d'un Pasteur dans son laboratoire ; cependant cet enseignement, ces découvertes, ont une valeur marchande, elle est équivalente à celle que leur donnerait dans la vie privée, tel individu qui pourrait les payer pour instruire son fils ou se guérir d'une maladie. Même si l'on ne pouvait en faire l'estimation, cependant rien n'empêcherait les parties de se mettre d'accord pour attribuer une valeur conventionnelle à ces services inestimables. Cette stipulation est valable et a une sanction légale : elle se fait quotidiennement pour les œuvres d'art.

Il serait d'ailleurs immoral de considérer les services privés, rendus à un particulier, comme inférieurs au service public, parce qu'ils sont rémunérés ; et injuste, car ce serait placer les fonctionnaires vis-à-vis de l'Etat dans une situation juridique inférieure à celle du manœuvre.

Si la gratuité ne s'applique ni au mandat ni à la fonction publique, on ne peut en tirer un argument pour faire de la fonction publique de gestion, un mandat.

C'est au contraire en continuant notre rapprochement

(1) Conseil d'Etat 24 janvier 1896, *Ville de Narbonne* ; 26 février 1892, *Lion-sur-Mer* ; 8 avril 1892, *Ville de Rennes*. — Quand la jurisprudence la rejette, c'est qu'elle n'admet pas la théorie du contrat.

entre le particulier et l'Etat personne morale, que nous arrivons à caractériser le mandat du fonctionnaire.

L'Etat a un patrimoine à gérer ; être abstrait, il ne peut le faire lui-même, et cette gestion nécessite le concours de citoyens chargés de faire en son nom les actes relatifs à la gestion de ces intérêts. Ces citoyens sont donc les représentants de l'Etat, et ce que nous avons appelé les actes de gestion par opposition aux actes de puissance publique, ce sont précisément « les actes faits par les agents administratifs en leur qualité de représentants légaux des différents établissements publics (1) ». L'acte qui lie ces agents à l'Etat est un contrat puisque ce lien s'est établi entre deux personnes égales en droit, et ce contrat est un mandat puisqu'il implique la représentation d'une partie par l'autre. En effet, l'on discute bien pour savoir si le mandat ne comprend pas d'autre relation que celle qui implique la représentation d'un contractant par son co-contractant (2) ; mais tout le monde admet que au moins le contrat du représentant est un mandat. Le fonctionnaire qui représente l'Etat est donc un mandataire de l'Etat (3).

Ainsi le préfet représente l'Etat quand il passe au nom de ce dernier, des contrats en matière domaniale (4), quand il intente, dirige, les actions qui doivent être suivies au

1. COLIN : *Cours élémentaire de droit administratif*. Paris, 1892, p. 8.

2. Voir plus loin § 4.

3. COLIN : *op. cit.*, p. 1. « L'organisation de l'Etat comprend nécessairement des pouvoirs, c'est-à-dire des organes *mandataires* de l'association... » et plus loin : « ... au point de vue de leur nature juridique et intrinsèque ces actes (de gestion) sont absolument identiques à ceux que nécessite la gestion du patrimoine d'un particulier. »

4. DALLOZ : *Jurisprudence générale*, v^o *Organisation administrative*, n. 238.

nom de l'Etat dans son département, et inversement c'est contre lui que sont intentées les actions dirigées contre l'Etat (1). C'est pourquoi dans l'exposé des motifs de la loi de l'an VIII, présenté par Roederer au Corps législatif on y lit que ce fonctionnaire a « une *procuration d'action* ».

Or la *procuracion* est précisément l'acte qui confère le mandat et que par un abus de mots on identifie avec le mandat lui-même.

On pourrait objecter que les fonctionnaires de gestion qui représentent l'Etat, ne sont pas des mandataires parce que le mandant n'est pas absolument engagé par leurs actes même accomplis dans les limites de leurs pouvoirs, tandis qu'au contraire, le mandant d'un particulier est lié par tous les actes de ce dernier. Ainsi le ministre peut déléguer à un de ses subordonnés, quand la loi le permet, le droit de passer un marché et le droit de liquider et d'ordonnancer les sommes dues par l'Etat (2). Il le fait même généralement à des agents rapprochés du lieu où s'exécute le contrat, par exemple aux ingénieurs de Ponts et Chaussées pour les marchés de travaux publics, aux intendants militaires pour les marchés de guerre. Or cette délégation ne dessaisit pas le ministre du droit qui lui appartient de prendre une décision définitive (3) : les mesures prises par les subordonnés n'ont en général qu'un caractère provisoire : le Ministre peut les réviser et en présence d'un compte de liquidation établi par un de ses inférieurs, prendre un nouvel arrêté de compte fixant la créance à un chiffre inférieur avec ordre au créancier de l'Etat de reverser la différence (4), ou au contraire,

1. DALLOZ : *Jurisprudence générale*, v. *Organisation administrative*, n. 235.

2. Ex. Décret, 18 novembre 1882, art. 17 et 19.

3. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, I, p. 431.

4. Conseil d'Etat : 12 janvier 1853, *Caurière*; 16 juin 1882, *Segond*.

en fixant un chiffre supérieur spontanément sans aucune demande des tiers par le recours hiérarchique (1). Le ministre n'est donc pas engagé vis-à-vis de son subordonné comme le mandant vis-à-vis de son mandataire.

C'est que dans le cas précédent où le Ministre revise la décision de son subordonné, il agit plutôt en qualité de juge qu'en qualité d'administrateur. Cette révision du contrat fait partie du contentieux administratif; la preuve en est dans ce fait que le même Ministre peut prononcer lui-même la résiliation du marché contre l'entrepreneur qui n'exécute pas ses engagements ou en faveur de celui qui se prévaut d'un cas de résiliation prévu dans le cahier des charges.

L'existence d'une telle juridiction ne s'oppose donc pas à ce qu'on considère les agents qui ont contracté pour l'Etat comme des mandataires de l'Etat.

Mais cependant on ne peut dire que la fonction de gestion est un mandat dans tous les cas, car le mandat implique précisément une collation de pouvoir, un pouvoir de représentation et en quoi le cantonnier sur la grand'route, ou l'employé de chemin de fer, ou le chef de bureau d'un ministère représente-t-il l'Etat? Il n'a aucune prérogative qui lui permette de passer un contrat pour l'Etat.

La Cour de Chambéry (2) a cependant qualifié un employé de chemin de fer de mandataire « parce qu'il avait une mission de surveillance importante et exceptionnelle ». En réalité, l'arrêt n'avait été rendu en ce sens que pour appliquer l'article 2000 du Code civil et faire accorder, par la Compagnie, à l'employé, blessé en dehors de son service propre, une indemnité.

1. LAFERRIÈRE : *op. cit.* I, p. 447.

1. Chambéry, 14 avril 1880 sous Cass. 24 janvier 1881. S. 82. 1.

Aussi n'a-t-il pas échappé à la censure de la Cour de Cassation (1).

La théorie du mandat ne peut donc s'appliquer à toutes les fonctions de gestion.

§ 2. — *Théorie du louage de services.* — M. Berthélemy.

Aussi la majorité des auteurs incline-t-elle plutôt vers la théorie du louage de services. Nous avons vu qu'elle comptait même en France beaucoup de partisans qui l'appliquaient à toutes les fonctions même d'autorité; elle en compte davantage encore quand on en limite l'application aux fonctions de gestion. Elle est défendue en France par notre éminent professeur M. Berthélemy et partagée par beaucoup d'auteurs dont les uns la défendent concurremment avec celle du mandat comme MM. Dareste (2) et Perriquet (3), ou avec celle de l'acte unilatéral comme Bluntschli (4) et Giorgi (5). Ces derniers d'ailleurs ne l'appliquent qu'à des

1. Cass. 24 janvier 1881. S. 82. 1. 209.

2. BERTHÉLÉMY : *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris. Rousseau, 1901, p. 52 et s.; Cf. : RENOARD : *Compte-rendu des séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1854, t. XXVII p. 331 et t. XXVIII p. 143, avec les observations de Dupin, Cousin et Dunoyer.

3. DARESTE : *La justice administrative*, 2^e éd., p. 330 et s., 408 et s.

4. PERRIQUET : *Contrats de l'Etat*, 2^e éd. p. 473 et 909.

5. BLUNTSCHLI : *Théorie générale de l'Etat*. Trad. Riedmatten, liv. VII, ch. VIII, I, p. 453.

6. GIORGI : *La dottrina delle persone giuridiche*, t. I. n. 164. — Pour cet auteur les bailleurs de services sont tous les employés qui collaborent à la gestion des intérêts généraux et qui ne sont pas fonctionnaires, c'est-à-dire pour lui, détenteurs de l'autorité publique. Il cite comme un exemple de ces contrats : « les régies, les entreprises de travaux publics, tous les louages que les administrateurs de la chose publique passent avec des personnes qui

catégories spéciales d'employés, à ceux qui ne sont pas à leur sens des fonctionnaires.

C'est en effet vers le louage de services que se porte immédiatement la pensée quand on assimile l'Etat personne morale à une association particulière et ses employés à ceux d'une grande société privée.

C'est la théorie du louage de services qu'invoquent les pourvois d'employés révoqués qui veulent se fonder sur la rupture injustifiée de ce contrat pour demander une indemnité à l'Etat ou à la commune(1).

Cela s'explique aisément si l'on considère que le cadre le plus large qui puisse comprendre les différentes prestations de services est assurément celui du louage : ses règles se réduisent à fort peu de chose (2); malgré le nombre considérable des individus dont la situation juridique est régie par ses règles, il n'est que très brièvement traité dans le Code. C'est que pour ses conditions de validité, pour les obligations qu'il engendre, le législateur n'aurait pu que répéter sur le louage de services ce qu'il avait déjà dit sur

rendent des services peu estimables.... ce sont là vraiment des *locationes operis* ou *operarum* de droit privé réglées en tout et pour tout par le Code civil... Sont pareillement des louages d'ouvrages en forme de contrats privés les enrôlements stipulés avec les agents ayant l'exécution de la loi et des ordres de l'autorité, tels que ceux des gardiens des finances et les enrôlements militaires, dans le pays où ce service n'est pas obligatoire ».

1. Conseil d'Etat : 13 décembre 1889. *Cadot*. S. 93. 3. 21 ; Conflits : 27 décembre 1879. *Guidet*. S. 93. 81. 3. 36 ; Conflits, 7 août 1880, *Le Goff*. S. 82. 3. 71 ; Cf : S. 94. 3. 33 ; D. 95. 3. 69. — Tous ces arrêts d'ailleurs repoussent la thèse du pourvoi. Mais ils n'échappent pas à la critique : LALLEMENT : *Journal des conseillers municipaux*, 1879, p. 59 ; HALLAYS-DABOT dans le *Recueil des arrêts du Conseil d'Etat*, 1879, p. 506 et 879.

2, GIORGI : *op. cit.*, II, n. 230. p. 459 ; TROPLONG : *Du louage*, 813 et s. ; CLAMAGERAN : *Du louage d'industrie*, 155 et s.

les principes généraux des conventions ; pour la résiliation, l'article 1780 était suffisant, la meilleure preuve en est dans ce fait que la loi du 27 décembre 1890 n'a fait que confirmer une jurisprudence déjà établie et fondée sur les principes généraux des conventions (1) ; l'exercice de mauvaise foi de la résiliation tombe sous le coup de l'article 1134 et non de l'article 1384, puisque le premier est au chapitre des conventions ; et il donne lieu à des dommages-intérêts.

Il était enfin inutile de déterminer les cas de mauvaise foi, car souvent il n'y a là que des questions de fait et d'intention, ou d'imposer aux parties des règles restrictives du droit de résiliation, car à chaque profession, à chaque nature de travaux il eût fallu des solutions différentes. Le louage de services est donc régi à peu près uniquement par les règles du droit commun des conventions et la fonction de gestion étant admise au nombre des contrats, c'est avec le louage de services qu'elle se trouve avoir le plus d'affinité.

Sans doute la fonction publique de gestion n'est pas dans l'énumération du Code qui cependant cite trois exemples du contrat de louage dans l'art. 1779, mais cette énumération n'a rien de limitatif ; l'article a bien soin de spécifier que ce ne sont là que les trois espèces « principales » de louage, ce qui permet l'admission des fonctions de gestion au nombre des contrats de cette nature, l'article 1770 ayant une très large compréhension (2).

Si l'on ajoute enfin que la fonction publique est soumise à des règles administratives spéciales qui diffèrent de celles du contrat de travail, nous répondrons qu'à cela il n'y a

1. Telle est la conclusion de M. J. FERRAND : *De la résiliation du louage de services à durée indéterminée*, Paris 1897.

2. Voir la critique des différentes objections présentée contre la théorie du louage de services, ci-dessus I^{re} partie. Ch. I. Section III. II. § 3.

rien que de très naturel puisque parmi les locateurs de service il en est de variétés diverses dont chacune a des règles spéciales différentes ; la convention et les obligations des ouvriers chargés d'un travail, d'un commerce, d'une industrie spéciale, diffèrent de celles des domestiques, attachés à une personne ou à une chose, et les obligations des domestiques sont elles-mêmes différentes de celles des employés qui ont un travail intellectuel.

Le régime légal de chacune de ces catégories est différent : ainsi, autrefois, seuls les ouvriers ont été soumis à l'obligation du livret : la jurisprudence n'appliquait jadis l'art. 1780 qu'aux ouvriers et domestiques, et non aux employés ; en cas de litige, la compétence est celle du tribunal de commerce pour les rapports entre les commerçants et leurs employés, du juge de paix pour les domestiques et ouvriers, du Conseil de Prudhommes, parfois du comité d'arbitrage pour les ouvriers (1) ; les règles de prescription des salaires dus, les privilèges de ces mêmes salaires en matière de saisie sont soumis à des règles différentes ; il n'y a donc rien que de très logique et de très naturel à ce que les relations du fonctionnaire de gestion créent des obligations spéciales, soient soumises à une compétence spéciale administrative (2), que le traitement, sa saisie soient régis par des règles spéciales sans que la relation cesse pour cela d'être celle d'un louage de services.

Il peut donc exister entre l'Etat et le fonctionnaire de gestion une relation de louage de services.

Tantôt ce sera un louage à durée déterminée dans lequel les parties se sont engagées pour un temps fixé d'avance, que la date de cessation du contrat soit préétablie, ou

1. Loi 27 décembre 1892.

2. Elle est d'ailleurs discutée.

que cette cessation soit déterminée par l'époque de l'achèvement du travail entrepris. C'est ainsi que des employés auxiliaires engagés pour l'exécution de travaux exceptionnels de statistique dans les grandes administrations, que les sous-officiers rengagés ne sont nommés que pour un nombre d'années déterminé.

Tantôt au contraire le louage de services est à durée indéterminée ; les parties s'engagent pour un temps illimité, chacun reconnaissant à l'autre la faculté de faire cesser à son gré le contrat. C'est le cas de la grande majorité des fonctionnaires de gestion libres à tout instant de donner leur démission et que l'Etat, sauf des restrictions légales, peut congédier quand il lui plaît. Il semble bizarre que cette seconde variété de louage qui met à tout moment les services publics en péril soit cependant le plus général.

Cela se comprend cependant. En effet, on ne peut en général apprécier la durée pendant laquelle on aura besoin du fonctionnaire. La brusque résolution d'un contrat à durée déterminée surprendrait l'Etat au moment où il peut avoir encore besoin des services de l'agent. D'autre part, il place le fonctionnaire dans une situation difficile, car celui-ci se trouve normalement révoqué à l'expiration de son contrat. L'Etat, qui a un besoin permanent de fonctionnaires, a un avantage considérable à conserver les mêmes agents qui acquièrent une science plus parfaite des besoins de l'administration et une habileté pratique plus grande pour y satisfaire ; le fonctionnaire préfère une tacite reconduction de son contrat qui lui donne l'espérance d'une fonction viagère. L'une et l'autre partie d'ailleurs gardent leur entière liberté et la crainte des dommages-intérêts pour rupture de mauvaise foi les garantit contre l'arbitraire. Ce lien de droit donne ainsi aux parties plus de sécurité en même temps que plus de liberté. La liberté ne nuira en

rien au bon fonctionnement des services. L'Etat, ayant intérêt à s'assurer un personnel fixe dont l'habileté et les connaissances pratiques augmentent avec la durée des fonctions, cherche à rendre permanente la fonction publique non par des mesures impératives, mais par des avantages accordés aux vieux fonctionnaires : augmentations successives de traitement, congés, pensions de retraites, etc. Et ainsi il est arrivé par des engagements à durée indéterminée en principe, peu stables par leur nature, à s'assurer cependant un personnel fixe de fonctionnaires libres en droit et attachés volontairement à leur service par l'intérêt que leur offre la durée de leur fonction ; celle-ci, en fait, devient généralement viagère.

C'est pourquoi le système du contrat à durée déterminée adopté par la législation suisse et les projets américains que nous avons signalés a été généralement rejeté.

Cependant, si le louage de services explique ainsi fort bien la plupart des situations des fonctionnaires de gestion, on n'en saurait faire un principe absolu. En effet, il est nombre de relations dans lesquelles ce contrat ne rend pas compte de tous les pouvoirs exercés par le fonctionnaire, n'explique pas par exemple, pourquoi un intendant militaire peut passer au nom de l'Etat un marché de fournitures. Le louage de services n'implique pas la collation d'un tel pouvoir de représentation qui n'est conféré que par un mandat.

Il y a donc dans la fonction de gestion des relations de mandat et des relations de louage de services.

Il s'agit maintenant de déterminer comment se concilient ces deux notions.

Se réunissent-elles l'une et l'autre sur la même tête, ainsi que le pense M. Planiol, pour donner au fonctionnaire de gestion à la fois le caractère d'un employé et d'un mandataire ou au contraire sont-elles, ainsi que nous le croyons,

séparées sans pouvoir être réunies, de telle sorte que certains fonctionnaires de gestion ont avec l'Etat des relations de mandataire à mandant et certains autres des relations de préposé à patron ?

§ 3. — *Système du contrat mixte.*

Pour M. Planiol, la distinction du louage et du mandat est une théorie romaine née dans un monde où l'on opposait le travail manuel généralement servile et considéré comme dégradant à la profession libérale regardée comme honorant son titulaire (1).

Cette notion de la prestation de services était déjà insuffisante en droit romain. En effet la répartition de tous les services rendus entre le louage et le mandat, fondée sur la gratuité, laissait en dehors d'elle la prestation payée à forfait qui devient une *entreprise* ; d'autre part dans le contrat de services gratuits, on arrive à comprendre même les travaux manuels qu'on ne paie pas. « Aujourd'hui, dit M. Planiol, la notion du contrat a été bouleversée. D'une part nous ne pouvons plus, comme le faisait Gaïus, traiter comme des mandats les travaux gratuits d'un tailleur ou d'un dégraisseur qui se chargerait de raccommoder ou de nettoyer un vêtement et d'autre part nous admettons des mandats salariés alors que le mandat romain était essentiellement gratuit ».

Ce n'est donc pas à la théorie traditionnelle qu'il faut recourir pour expliquer le caractère des contrats de prestation de services.

Si on examine de combien de manières un homme peut rendre des services à un autre, une première classification en établit trois (2) : « 1° le service peut être rendu moyen-

1. M. PLANIOL : *Revue critique*, 1893, LX, p. 200.

2. M. PLANIOL. Note sous Cass. 18 juillet 1892. D., 92, 1: 585.

nant un salaire variable calculé avec le temps pour mesure, à tant par heure, par jour, par mois, par année ; on a alors le *louage de travail ou de services* ; 2^o les services peuvent être rétribués seulement en proportion de l'utilité qu'ils ont pour le salariant et non d'après les efforts du salarié ; il est fixé alors à forfait, c'est l'*entreprise* ; 3^o le service peut être rendu sans rétribution aucune, il est au louage de services ce que le commodat est au louage de chose.

Mais cette classification fondée sur la nature de la rétribution laisse en dehors d'elle le mandat ; pour le découvrir, il faut en dresser une seconde d'après la nature des actes accomplis par celui qui fournit le service. De ces actes, les uns peuvent être accomplis par celui qui s'en est chargé en dehors de la personnalité de celui pour qui ils sont faits ; il en est d'autres, au contraire, qu'on ne peut effectuer par son pouvoir propre sans faire intervenir, au moins par fiction, la personnalité de celui qui les a demandés. Les premiers sont des actes physiques, les seconds des actes juridiques. Pour ceux-ci, la personnalité de celui qui a demandé les services doit être représentée. Or ce phénomène juridique de la représentation d'une personnalité ne peut se produire que si le mandataire a reçu pouvoir du mandant ; « le mandat, dit M. Planiol, est donc la collation d'un pouvoir, une sorte d'investiture mystique analogue à la collation d'un ordre religieux, il donne à la personne qui le reçoit une force spéciale, le moyen d'accomplir certaines choses qui seraient impossibles sans lui » (1).

Ces deux classifications, l'une établie d'après la nature de la rétribution, l'autre d'après la nature des services effectués, se superposent, pour M. Planiol ; « chaque genre de travail ou de services peut être prêté sous l'une quelcon-

1. PLANIOL, *l. c.*, p. 585.

que des trois formes contractuelles analysées en premier lieu ».

Par suite, lorsqu'il s'agit d'un acte juridique à accomplir pour le compte d'autrui, le mandat se cumule nécessairement avec un engagement qui sera, suivant les cas, un louage de services, une entreprise ou un service gratuit.

« *En réalité ce que nous appelons mandat est une convention double ; il y a à la fois concession du pouvoir de représentation conféré au mandataire et promesse d'un service à rendre avec ou sans rétribution. La première opération mérite seule le nom de mandat, la seconde sera, suivant le cas, une entreprise, un louage de travail ou une prestation gratuite de services* ».

En appliquant à la fonction publique cette théorie, en vertu de laquelle parfois le fonctionnaire représente l'Etat, nous voyons qu'en conséquence il nous faut distinguer : 1^o les fonctionnaires qui louent leurs services à l'Etat ; 2^o les entrepreneurs publics ; 3^o les fonctionnaires d'honneur.

Les fonctionnaires de ces trois catégories peuvent être des mandataires. Mais ceux de la première sont les seuls qui nous intéressent, car ils sont à la fois des bailleurs de services et des mandataires. Ce sont eux qu'on appelle des agents de l'Etat. « Les agents, dit M. Planiol (1), sont des employés salariés qui fournissent leur temps d'une façon complète comme pourraient le faire des travailleurs manuels, mais dont la fonction consiste à représenter dans une multitude d'actes juridiques celui qui les emploie... »

Les agents sont donc à la fois des locateurs de services et des mandataires ; le contrat qu'ils passent avec l'Etat est de nature complexe.

Ce fait a une importance assez considérable depuis la loi du 27 décembre 1890 ; cette loi supprime le droit arbitraire

1, PLANIOL : *Revue critique*, 1893, p. 200,

de résiliation qui existait auparavant dans le contrat de travail. Elle a donné plus de stabilité à la situation des employés en les protégeant contre des renvois sans motifs sérieux. Elle s'applique également aux agents, car « la nature spéciale des services qu'ils rendent ne peut les priver d'une protection que le législateur a jugé bon d'accorder à tous ceux qui vivent de leur salaire » (1).

Telle est la théorie du contrat mixte de M. Planiol. Après l'analyse qu'il en a donné, on peut être tenté de la justifier en cherchant dans le droit privé des cas où elle a pu recevoir une application.

L'existence de contrats mixtes a parfois été affirmée par la doctrine ou la jurisprudence.

On pourrait citer le cas du capitaine de navire, de l'agent d'assurances, du commis voyageur.

Des auteurs fort nombreux pensent que le contrat que passe le capitaine de navire avec son patron est également de nature mixte. « Le contrat qui intervient entre le capitaine et l'armateur, disent MM. Lyon-Caen et Renault (2), a le double caractère de louage de services et de mandat ». En effet, comme l'indique Pardessus (3), à côté de sa mission technique qui consiste à diriger le bâtiment et à commander l'équipage, en vertu d'aptitudes professionnelles, et qui constitue un louage, le capitaine a une mission représentative ; il fait des actes juridiques au nom de l'armateur tels qu'achat de vivres (a. 234, C. co.), contrat d'affrètement (a. 232, C. Co.) par lesquels il oblige son préposant (a. 216,

1. PLANIOL, *l. c.* p. 201 ; Note sous Cass. 13 janv. 1892. D. 92. 1. 585. Cf. S. 92. 1. 337 ; Besançon, 13 juillet 1892, S. 93. 2. 50.

2. LYON-CAEN ET RENAUT : *Traité de Droit commercial*, V, p. 25, n° 1783 et p. 52, n° 1652. *Manuel* : n° 496.

3. PARDESSUS : *Cours de droit commercial*, 6^e éd. II, p. 191, n 626. Cf. LAURIN : *Droit commercial*, p. 125, n° 1358 ; FILLEAU ; *Traité de l'engagement des équipages*, 2^e éd. p. 276.

C. Co.) sans s'obliger lui-même ; à ce point de vue il est un mandataire. La nature de son engagement est donc complexe.

Des arrêts de jurisprudence ont appelé contrat mixte celui d'un agent d'assurances, contrat qui, dit la Cour d'Orléans « participe du louage en tant que l'agent général était chargé de rechercher les assurances, de dresser les actes d'adhésion et de les transmettre, et du mandat en tant qu'il avait pouvoir de toucher et de donner quittance au nom de la société.... » (1).

Le tribunal de commerce du Havre a vu de même, dans l'engagement d'un commis voyageur, « un contrat qui n'est ni un mandat ni un contrat de louage, mais un pacte innomm éten ant de l'un et de l'autre de ces contrats » (2).

On ne voit pas cependant dans cette théorie quelle est la situation juridique des agents de l'Etat ou même des particuliers ni par quelle règle se résout leur contrat. En tant que mandataire ils sont révocables *ad nutum* même sans motifs et sans indemnité (3). C'est une affirmation hasardée de dire que du moment qu'ils sont salariés ils sont protégés par l'article 1780 : cet article n'a trait qu'au louage.

En tant que louage de services, le contrat ne peut être résilié avec mauvaise foi, sous peine de dommages-intérêts qui peuvent être considérables. Et alors, si dans une révocation de fonctionnaire de gestion on applique l'article 1780, on viole les principes du mandat puisqu'on prive le mandant de son droit absolu de révocation ; ou bien on n'accorde pas la garantie de l'article 1780 et alors on viole les principes du louage de services.

1. Orléans, 2 mars 1898, S. 98. 2. 270.

2. Tribunal de commerce du Havre, 25 janvier 1888 (*Recueil de jurisprudence commerciale et maritime du Havre*, 1888, p. 50).

3 C. Civ. a. 2004.

La même alternative se pose pour la responsabilité. Dans tous les cas, ainsi que le reconnaît l'arrêt de la Cour d'Orléans « l'exécution du contrat ne peut être scindée » (1).

Il y a bien dans cette exécution des actes de nature différente, des actes de louage et des actes de mandat. Ainsi l'intendant militaire passant un contrat de fourniture de vivres fait un acte de mandat ; distribuant ces vivres aux soldats, il fait acte de gestion, acte d'employé. Mais on ne peut dire qu'il est à la fois mandataire et bailleur de services, il faut opter pour régler les conséquences du contrat ; « l'exécution du contrat ne pouvant être scindée, il convient, dit l'arrêt précité, de considérer son caractère principal et dominant ».

Le capitaine peut aussi faire à la fois des actes de louage et des actes de mandat, mais l'armateur peut faire personnellement ces derniers ou en charger un autre que le capitaine ; au contraire, il ne peut confier la direction du navire qu'à un capitaine ; celui-ci est engagé en vue d'une mission technique que seul il peut remplir en vertu de son brevet, en vue de la conduite et de la direction du navire, actes qui sont l'objet d'un louage de services (2).

De même pour le commis-voyageur ou l'agent d'assurances, le louage de services est l'élément principal de leur contrat.

D'ailleurs, bien des bailleurs de services, à commencer par les domestiques, sont quotidiennement chargés de repré-

1. Orléans, 2 mars 1898, S. 98. 2. 270.

2. Selon d'autres auteurs (BAUDRY-LACANTINERIE ET WHAL : *Du Mandat*, p. 186) le capitaine serait un mandataire. Cette solution est conforme à ce que nous avons avancé, à savoir qu'il y a une relation juridique de nature simple entre les deux parties. Mais nous devons ajouter que l'objet du mandat n'est pas, croyons-nous, l'exécution d'actes techniques,

senter leur maître et font pour lui à chaque instant des actes de mandat : achat de vivres, paiement de factures, etc. Ce mandat qui dérive de leurs fonctions n'altère pas leur caractère de bailleurs de services.

Il n'en est pas différemment des fonctionnaires de gestion ; le directeur des domaines fait des actes de mandat, mais l'Etat pourrait les faire accomplir par le ministre puisque, en principe, le ministre seul a qualité pour engager pécuniairement l'Etat ; au contraire les actes de gestion qui n'impliquent pas la représentation ne peuvent être faits que par lui en vertu de la loi qui a réglé sa compétence, et le ministre ne pourrait les exécuter à sa place.

De même l'ingénieur en chef des ponts et chaussées a parfois, par délégation du ministre, des contrats à passer pour la voirie, mais le préfet ou le receveur des domaines peuvent aussi être délégués pour faire ces contrats, tandis que la mission technique ne peut être confiée qu'à un diplômé de l'école des ponts et chaussées nommé au poste d'ingénieur. Dans tous ces cas, c'est donc la mission technique qui est principale et essentielle et son caractère juridique de louage de services doit faire considérer la fonction tout entière comme étant un louage de services : l'accessoire suit le principal, suivant un vieil adage.

L'engagement ne peut être scindé ; il est essentiellement un : il n'y a qu'un seul traitement pour une mission qui peut être double, il n'y a donc qu'un contrat de nature juridique simple.

§ 4. *Systèmes analytiques. — La fonction publique de gestion est tantôt un louage, tantôt un mandat.*

Nous venons de voir que les fonctions de gestion n'étaient pas toutes des mandats, ni toutes des louages de services ;

que, si parfois des actes de mandat et des actes de louage étaient accomplis par un fonctionnaire, l'engagement de celui-ci n'était pas cependant complexe, mais demeurerait simple dans sa nature juridique : c'était ou un louage ou un mandat suivant que sa mission essentielle et principale était de représenter l'Etat ou de le servir sans contracter en son nom.

Donc, parmi les fonctionnaires de gestion, les uns sont des mandataires de l'Etat, les autres lui ont loué leurs services moyennant un salaire qui prend le nom de traitement. Les premiers sont des administrateurs, les autres des directeurs techniques.

Il en est ainsi dans toute société personnifiée dont l'Etat personne morale n'est qu'une variété.

Nous avons déjà eu l'occasion de faire ce rapprochement en étudiant la personnalité morale de l'Etat (1) ; la comparaison est encore ici aussi précise, toute personne morale étant fondée sur les mêmes principes, et conserve la même base. Nous constatons une fois de plus que nous n'avons pas à sortir du droit commun pour expliquer le caractère de la gestion administrative.

Dans toute société anonyme, vous trouvez, d'une part, les *administrateurs* qui sont des mandataires (2) représentant la société dont ils font partie, d'autre part, les *directeurs techniques* chargés de diriger les affaires sociales et qui sont de véritables chefs d'industrie louant leurs services (3). Ceux-ci demeurent des bailleurs de services même

1. Voir ci-dessus, p. 423 et s. Cf. BERTHÉLEMY : *Droit administratif*, p. 514 et s.

2. Cass. 6 février 1893, S. 96. 1. 114. D. 93. 1. 352.

3. Cass. 12 décembre 1892, S. 93. 1. 72. D. 93. 1. 164 ; Nancy, 21 juillet 1891. S. 92. 2. 149 ; Paris, 8 mars 1886, S. 87. 2. 166. *Gaz. Palais*, 1888. 1. suppl. 38,

s'ils sont nommés par les statuts (1) ou l'Assemblée générale (2); même s'ils sont chargés des affaires de toute la société ou seulement de quelques-unes (3), s'ils sont ou non choisis parmi les administrateurs (4).

Il en est de même dans la société politique qu'est l'Etat, qui repose sur la même base contractuelle au sens très large du mot, qui est édifié suivant les mêmes principes, qui a toujours les mêmes organes.

En mettant naturellement hors de cause les agents qui parlent au nom de la puissance publique dont il ne saurait être question dans une société privée, on doit décider par une analogie évidente que la fonction publique comprend : 1^o d'une part, des *administrateurs* chargés de faire des contrats au nom de l'Etat, de le *représenter* vis-à-vis des tiers et qui par conséquent sont des mandataires ; 2^o d'autre part, des *agents techniques* qui sont chargés de diriger les services et d'accomplir les actes intellectuels ou mécaniques n'impliquant pas l'intervention de la personnalité juridique de l'Etat ; ce sont de véritables bailleurs de services, qu'ils soient nommés par une assemblée représentative ou par les administrateurs ou même par les fonctionnaires de puissance publique ; qu'ils soient chargés de tout un service ou seulement d'une partie, qu'ils soient ou non choisis parmi les administrateurs.

Telle est notre pensée. Cependant il faut montrer nettement quel est le criterium qui nous permet de séparer les fonctionnaires de gestion mandataires de ceux qui passent avec l'Etat un louage de services ; les avis sur ce point sont loin d'être unanimes.

1. Paris, 8 mars 1886 ; S. 87. 2. 166.

2. Nancy, 21 juillet 1891, S. 92. 2. 149.

3. Cass., 2 juillet 1888 ; S. 88. 1. 421 ; D. 89. 1. 184 et les arrêts cités plus haut de Nancy et de Paris.

4. Nancy, *l. c.* ; Paris, *l. c.*

Quatre théories principales ont été présentées :

1^o Il y aurait mandat quand le fonctionnaire ne reçoit pas de traitement, louage dans le cas contraire.

2^o Il y aurait mandat quand la fonction ne comporte qu'un travail intellectuel ; les travaux manuels feraient l'objet d'un louage.

3^o Une autre opinion, dérivée de la précédente prétend que le mandat s'applique aux relations des fonctionnaires supérieurs et le louage aux agents ou employés inférieurs.

4^o Enfin, on pense être en présence d'un louage de services, quand il y a simple échange de prestation entre l'une et l'autre partie, et d'un mandat quand la fonction publique confère à son titulaire le pouvoir de représenter l'Etat ou bien, d'une façon plus générale, de faire pour lui des actes juridiques.

1^{er} CRITERIUM : *La gratuité des services.* — *Sont mandats les fonctions de gestion gratuites, sont louages les fonctions salariées.* — C'est la théorie classique romaine qui voit dans la gratuité de la prestation de services le criterium du mandat.

Le mandat est à l'origine un acte d'amitié (1) dit Paul, il a même un caractère religieux qu'indique son étymologie (*manus data*) : la main donnée c'est le symbole de la foi promise (2) ; il est donc essentiellement gratuit (3). C'est simplement un contrat par lequel une personne s'engage à faire quelque chose pour une autre sans stipuler de rémunération.

1. « *Originem ex officio atque amicitia trahit* » PAUL : D. Loi I § 4, *Mandati vel contra*.

2. PLAUTE : *Captivi*, act. II, sc. III, vers. 82 et s.

3. PAUL : *l. c.* : « *Mandatum nisi gratuitum nullum est* » ; Cf : *Institutes*, liv. III, tit. XXVI : *De Mandato* § 13.

« Ce qui est louage d'ouvrage, dit Gaius, parce qu'il y a eu un prix stipulé, devient mandat quand il n'y a pas de prix (1) » ; inversement « ce qui était mandat parce qu'un sentiment officieux présidait à l'acte effectué devient, dit Paul, un louage quand ce sentiment disparaît pour faire place à une rémunération (2) ».

Il n'est pas du tout question de représentation, car en droit romain la représentation fut interdite, jusqu'à une époque fort avancée.

Nombre de commentateurs de notre ancien droit ont suivi la théorie classique romaine ; si Cujas admet cependant que l'avocat peut être un locateur d'ouvrage, D'Argou, Bartole, Paul de Castro, Favre, et bien d'autres voient dans la gratuité le criterium qui permet de distinguer le mandat du louage.

Le premier est défini par Pothier « un contrat par lequel l'un des contractants confie la gestion d'une ou de plusieurs affaires, pour la faire en sa place et à ses risques, à l'autre contractant qui s'en charge *gratuitement* et s'oblige à lui en rendre compte (3) ».

Dans les travaux préparatoires du Code on a entendu maintes fois le caractère gratuit du mandat être affirmé par Berlier (4), Tarrible (5), Bertrand de Greuille (6).

Des auteurs contemporains, comme Troplong (7) ont

1. GAIUS : *Commentaires* III. C. 162 : « quoties faciendum aliquid gratis dederim, quo nomine, si mercedem statuerem, locatio et conductio contraherentur, mandati esse actionem. » Gaius cite l'exemple suivant : le dégraisseur qui nettoie mon vêtement sans demande de rémunération est un mandataire.

2. PAUL : *Dig.* I. I. § 4.

3. POTHIER : *Du mandat*, n° 1.

4. FENET : XIV, p. 584-585.

5. *Ibid.*, p. 592.

6. *Ibid.*, p. 606.

7. TROPLONG : *Du mandat*, n° 168, p. 183.

continué à défendre la même opinion en soutenant que l'article 1984 ne définit que la procuration et non le mandat dans son sens général et qu'il faut s'en tenir à la définition de l'article 1986 (1^{re} partie) : « le mandat est gratuit... ».

Cette théorie est demeurée en honneur en Italie où beaucoup d'auteurs l'appliquent à la fonction publique en disant que tous les fonctionnaires qui reçoivent un traitement sont des bailleurs de services ; les autres restent des mandataires.

Nous avons déjà vu cette opinion émise à propos de la distinction des fonctionnaires et des employés. C'est le traitement qui caractérise à la fois la qualité d'employé et celle de bailleur de services (1). L'attribution d'un traitement à un fonctionnaire lui confère ces deux qualités.

Elle est encore exposée chez les auteurs qui font de la fonction publique un acte unilatéral ou un contrat de droit public auxquels vient s'ajouter un louage de services qui explique les droits pécuniaires du fonctionnaire ; c'est la présence du traitement qui ajoute à la relation professionnelle de fonction publique un louage de services (2).

Critique. — Cependant, même au point de vue historique, le critérium de la gratuité pour distinguer l'acte de mandat de l'acte de louage est inexact.

En droit romain, le mandataire pouvait recevoir un prix

1. MASSIMO GIRIODI : *I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa* dans le *Primo trattato completo* d'ORLANDO, vol. I, p. 228 et s. ; Cf. GIORGI : *op. cit.*, II, n° 230 p. 458 ; MEUCCI : *op. cit.*, I, p. 179 ; ORLANDO : *Principii*, p. 91 et s.

2. GIORGI : *op. cit.*, I, p. 379 ; RHEM : *Die rechtliche Natur des Staatsdienten*, § 41, p. 166 et s. ; SARWEY : *Das öffentliche Recht* p. 322 ; *Staatsrecht*, II, 276 ; GIERKE dans le *Rechtlexikon* de HOLZENDORFF, 3^e éd. II, p. 54 ; HAENEL : *Staatsrecht*, éd. 1892, I, p. 155.

déguisé sous le nom d' « honor » ; le mandat devint vite un contrat de pure réciprocité, un véritable échange de services et le mandataire fit de l'accomplissement du mandat l'exercice d'une profession lucrative ; alors le mandat ne se distingua plus du louage de services. Ulpien nous l'explique à propos d'une fonction publique, celle de l'*agrimensor* (1), et la confusion vint d'autant plus vite que le mandataire eut bientôt une action *extra ordinem*.

Nos anciens auteurs se sont eux-mêmes écartés de la théorie classique romaine en admettant les « honoraires » comme suite du contrat de mandat. Il est vrai que pour eux, l' « honor » n'est pas un prix, par conséquent ne change pas le mandat en louage : Domat dit qu'il est volontaire et se donne sans convention. C'est oublier que tout le monde ne paie pas, comme Pothier, son avocat par le don du *Thesaurus* de Meerimann (2). La seule théorie qui réponde aux faits est celle qui considère le salaire du mandataire comme la rémunération de ses services.

On objecte bien que l'art. 1986 du Code civil pose en principe la gratuité du mandat. Le salaire ne serait que l'objet d'une convention particulière, accessoire de la convention contraire dont parle l'article en question. Cet accord ne rendrait pas le contrat à titre onéreux, mais en ferait une sorte de donation avec charges.

Mais l'article 1986 parle de convention contraire, or le *modus* n'est pas une convention contraire à la donation ; il n'efface pas totalement le caractère de libéralité de la donation. Au contraire quand la loi dit « le mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire » la restriction « s'il n'y a » ne peut porter que sur la qualité entière précédemment

1. Loi précitée, *pr.*

2. POTHIER : *op. et l. c.*

énoncée et non sur le caractère absolu ou relatif dont il n'a pas encore été question. La « convention contraire », ce ne peut donc être qu'une convention contraire à la gratuité, c'est-à-dire une stipulation que le contrat sera à titre onéreux.

Or, si une stipulation peut faire du mandat un contrat à titre onéreux, si ce contrat onéreux ne cesse pas d'être un mandat, c'est donc que la gratuité n'est pas indispensable au mandat et par conséquent n'est pas le critérium qui nous permet de distinguer le mandat du louage dans le contrat de fonction de gestion.

Et quand nous voyons des auteurs écrire que la présence d'un traitement dans la fonction publique greffe un louage de services sur la fonction de droit public (1) quand elle ne suffit pas à elle seule pour donner à l'ensemble du contrat le caractère d'un louage, nous pouvons répondre que le contrat de droit privé, dont ils se prévalent, peut aussi bien être un mandat qu'un louage puisque l'un et l'autre sont susceptibles d'un salaire.

C'est ce que Mirabeau déclarait en 1789 aux fonctionnaires ecclésiastiques protestant contre le caractère de salariés qu'on allait leur donner après leur avoir pris leurs biens : « Tout travail mérite un salaire, donc ce n'est pas le salaire qui peut distinguer celui qui loue ses services pour un prix et celui qui accepte un mandat salarié » (2). Fonctionnaires d'honneur qui ne reçoivent pas de traitement, fonctionnaires de carrière qui sont salariés, tous peuvent passer avec l'Etat personne morale un contrat de mandat.

2^e CRITERIUM : *La nature des services.* — *Sont mandats les fonctions de gestion qui comportent des services intellectuels,*

1. GIORGI : *La Dottrina*, I. n° 165, p. 379.

2. Cité par LAURENT : *Droit civil*, XXVII, p. 377.

sont louages celles qui impliquent des services manuels. — Cette théorie n'est qu'une transformation de la théorie précédente. Comme celle-ci, elle repose sur cette idée que le mandat est un contrat gratuit; elle y ajoute cette seconde idée que, même rémunérés, les services intellectuels, étant inestimables, ne sont jamais payés à leur valeur et par conséquent constituent toujours des prestations gratuites, c'est-à-dire des mandats. Au contraire, pour les travaux mécaniques, leur valeur marchande peut être exactement déterminée par leur effet utile, et, par suite, leur prix est intégralement la contre-partie de ces prestations; ils sont ainsi l'objet d'un louage, d'après la conception même de nos anciens auteurs.

Elle a la même origine que la théorie précédente. En effet quand, en droit romain, où le choix d'une action avait une importance considérable par ses conséquences juridiques, on discutait la question de savoir si tels travaux auraient une rémunération sanctionnée par l'action *mandati ex locato*, ou par une *persecutio extraordinaria*, c'était bien avec l'intention de relever la condition sociale des professions intellectuelles et de ne pas la laisser se confondre dans un même contrat avec celle des travaux mécaniques.

C'est que les premiers étaient réservés aux citoyens romains, aux hommes libres, et les seconds aux esclaves. En particulier, les fonctions publiques qui comportaient des travaux de l'esprit étaient à peu près exclusivement remplies par des citoyens de l'ordre des chevaliers; celles qui impliquaient des travaux mécaniques étaient remplies par les esclaves publics. Dans son mépris pour le travail manuel presque toujours travail servile, le citoyen romain ne voulait pas mettre ses services au rang de ceux d'un esclave, contracter dans la même forme que celui-ci, user de la même formule d'action.

Le problème juridique consistait donc à inventer une argumentation qui séparât les deux ordres de services en deux contrats de noblesse inégale. On imagina des arguments (*amicitiæ causa*, gratuité), des théories, pour établir que le mandat était un contrat plus noble que le louage et attribuer au premier l'engagement pour des services intellectuels, au second celui qui a trait aux mécaniques.

Ce point de vue de la noblesse des services dans la théorie traditionnelle romaine s'est développé dans notre ancien droit chez Cujas (1), Bartole (2), Pothier (3).

Le Code n'a rien fait, dit-on, pour détruire cette conception du mandat.

Les commentateurs du Code, gênés par les limites étroites de l'énumération de l'article 1779, se sont divisés.

Les uns, approuvant le langage réservé de la loi et la circonspection de ses énumérations, n'appliquent toujours le louage qu'aux travaux manuels, réservant le mandat pour les professions intellectuelles.

Les autres pensent que tout ce qui est susceptible de procurer par son usage quelque utilité peut être l'objet d'un louage. Cette expression générale comprend la prestation de toutes choses corporelles ou incorporelles, mobilières ou immobilières et les facultés intellectuelles aussi bien que les facultés physiques de l'homme (4).

La première opinion que nous examinons en ce moment a été principalement défendue par Troplong.

Il y a, pour cet auteur, entre les services, une inégalité de

1. CUJAS : *Commentarii in libr. III, Respons. Papinian. ad leg. VII, mandati.*

2. Sur la loi 1 au Dig. : *Si mensor falsum.*

3. POTHIER : *Du mandat*, n. 26.

4. DUVERGIER : *Du louage*, I, 63 ; ZACCHARIAE : *Droit civil*. III, 34.

mérite et d'honneur (1), une hiérarchie (2). Au plus bas de cette hiérarchie il faut placer ceux qui ne donnent qu'un travail machinal (3) ; viennent ensuite ceux où il entre un peu plus d'intelligence, enfin ceux qui n'ont qu'un travail purement intellectuel (4).

On peut donc diviser les services rendus en deux catégories suivant que l'un ou l'autre caractère prédomine (5) : les travaux intellectuels et les travaux manuels.

Les seconds sont estimables en argent et font l'objet d'un louage de services parce qu'ils sont rémunérés par un salaire qui est leur équivalent. *Service* et *prix* sont les deux conditions du louage (6).

Les premiers, au contraire, ne peuvent pas faire l'objet d'un louage, car, étant inestimables, ils ne peuvent jamais faire l'objet d'un prix (7) et le prix est la condition du louage ; s'il y a une rémunération, c'est un honoraire, un traitement, et non un prix, car le prix est un équivalent pécuniaire et ces services, par suite de leur dignité, de leur honneur, de leur gravité (8), dépassent toute rémunération pécuniaire. Le traitement n'est tout au plus que l'équivalent du temps et du travail matériel de celui qui le fournit.

Donc celui qui rend de pareils services ne recevant pas leur équivalent, les rend gratuitement et, comme la caracté-

1. TROPLONG : *Du mandat*, n° 183.

2. *Id.*, n° 182.

3. *Id.*, n° 185.

4. *Id.*, n° 186.

5. *Id.*, n° 210.

6. Troplong ajoute même que les services gratuitement rendus deviennent l'objet d'un mandat, ce qui montre bien la liaison entre sa théorie et la théorie romaine.

7. *Id.*, n° 172.

8. *Id.*, n° 181.

ristique du mandat est la gratuité, la convention en vertu de laquelle il les rend est un mandat.

Ainsi cette seconde théorie retombe dans la première.

Appliquant aux fonctions publiques de gestion cette théorie pour savoir si elles constituent des mandats ou des louages d'ouvrage, il suffira d'examiner si le service promis est ou non estimable en argent.

Dans le premier cas, si le fonctionnaire n'a pas de traitement, la convention aura le caractère d'un mandat. Mais ce sera là une bien rare exception dont nous ne voyons même pas d'exemple, car les fonctions publiques qui exigent des travaux de cette nature, ne sont pas des fonctions d'honneur et, par suite, pour elles, l'Etat ne trouve de titulaires qu'en leur servant un traitement. Elle constituera donc toujours un louage de services.

Dans le second cas, la fonction publique sera, au contraire, toujours un mandat, même si un traitement lui est affecté, car les services de cette nature, étant inestimables, ne trouvent jamais une compensation, un équivalent dans le traitement servi au fonctionnaire (1).

Cette distinction entre les deux ordres de services est non seulement conforme à l'analyse juridique des conditions du contrat, elle est encore, dit-on, dans l'intention des fonctionnaires qui prêtent leurs services. S'agit-il de services manuels? Nous avons déjà remarqué que, sans traitement, on ne trouverait pas de fonctionnaires qui les effectuent : on n'embrasse donc ces fonctions que dans l'espoir du gain, du bénéfice. S'agit-il de services intellectuels? Si l'assurance de trouver une indemnité incite parfois à assumer cette fonction, il faut tenir compte aussi de la situation sociale que le fonctionnaire compte acquérir, de l'honneur qu'il

1. Cf. MERLIN : *Répertoire*, v. *notaire*. § VI, n° 4.

en tire, des honneurs dont il est entouré, et des récompenses toute honorifiques, telles que décorations, qu'il espère recevoir. Il faut même tenir compte de l'esprit de dévouement et de l'amour du bien public dont il est peut-être inspiré⁽¹⁾. Tous ces sentiments montrent que les mobiles qui font agir le fonctionnaire sont tout différents dans les deux cas, par suite, il est juste de les traiter de façon différente. Ne pas admettre cette distinction ce serait pour Troplong « méconnaître les plus nobles sentiments de l'homme », les « confondre avec les sentiments les plus grossiers ».

Ce sont des considérations de cette nature qui font rejeter par M. Dareste, l'application de la théorie du mandat, qui cependant constitue pour lui la seule explication de la fonction publique⁽²⁾, aux gardiens et garçons de bureaux, des administrations. De même Bluntschli ne considère que comme des « valets de l'Etat » (*Staatsbediente*), « les laquais, portiers, huissiers, gendarmes », parce que « ils ne font pas œuvre intellectuelle⁽³⁾ ».

Cependant cette théorie issue de la théorie précédente, se heurte aux mêmes objections que cette dernière : si la gratuité n'est pas de l'essence du mandat, le désintéressement ne donne pas à ce contrat un caractère plus noble que celui du louage de services et alors il est au moins inutile de classer dans le mandat les services intellectuels pour leur donner plus de dignité.

Or nous venons de voir que le mandat n'est pas nécessairement gratuit : à deux reprises (articles 1992 et 1999), le Code parle « du salaire » du mandataire ; le traitement n'est pas

1. MASSIMO GIRIODI : *l. c.*, p. 234.

2. DARESTE : *La justice administrative*, p. 388. Voir ci-dessus, p. 758 et s.

3. BLUNTSCHLI : *Théorie générale de l'Etat*, Trad. Riedmatten, p. 453 ; M. GIRIODI : *l. c.*, I, p. 234.

une indemnité, c'est un « salaire » c'est-à-dire un prix, un équivalent des services rendus.

D'ailleurs, c'est une erreur manifeste de dire que les services intellectuels n'ont pas de prix : chaque jour des auteurs vendent leurs droits, des inventeurs leurs brevets, des peintres leurs tableaux. Si un effort intellectuel peut faire l'objet d'une vente, pourquoi ne ferait-il pas l'objet d'un louage ?

Sans doute, la détermination du prix est plus difficile. Admettons même qu'il soit impossible de fixer à sa juste valeur l'enseignement donné par un professeur, parce qu'on ne peut apprécier tous les bienfaits dont il peut être la cause. Cependant il suffit que ce prix soit fixé à forfait pour faire l'objet d'un acte juridique.

Ce prix d'ailleurs s'établit naturellement suivant une loi économique.

Le traitement est le résultat de la balance entre l'offre et la demande et une fonction sera toujours d'autant plus rémunérée qu'elle sera plus difficile à atteindre et qu'elle aura moins de candidats capables de la remplir. La preuve en est que l'excessive recherche des fonctions publiques en France et le développement de l'instruction générale a fait maintenir à un taux relativement bas le traitement des fonctionnaires. Il est donc juridiquement et économiquement exact de dire que les services intellectuels ont un prix : l'ingénieur qui dresse le plan de la route, comme le cantonnier qui casse des cailloux sur cette route, font un travail également appréciable en argent.

Il est par suite aussi très naturel que la recherche des fonctions, en dehors de tout travail mécanique, soit pour le fonctionnaire le désir de gagner sa vie.

Sans doute l'amour du bien public, l'honneur attaché à la fonction, ce qui se présente pour des fonctions intellec-

tuelles, peuvent inciter à accepter une fonction publique ; mais ce sont là des sentiments en dehors et au-dessus du droit. L'Etat ne paie pas les qualités morales que le fonctionnaire apporte à l'exercice de sa fonction ; celles-ci sont libres et spontanées, hors du commerce, et au-dessus de toute appréciation pécuniaire ; l'Etat ne rémunère que les services eux-mêmes. Le principe du droit et du contrat, c'est la réciprocité et l'égalité ; le principe du dévouement, c'est la préférence d'un autre à soi-même. Ces deux principes sont incompatibles et s'excluent. Si les fonctions publiques qui exigent des prestations intellectuelles n'avaient pour mobile que le dévouement et l'amour du bien public, elles monteraient dans la sphère de la morale, elles ne seraient plus du domaine du droit (1).

Si, au contraire, le traitement est le prix du travail effectué, nous restons dans le domaine de l'égalité, dans le domaine du droit. Or, en fait, on recherche les fonctions pour les avantages qu'elles offrent, en particulier pour le traitement qu'elles comportent : les plus rémunérées sont les plus recherchées. Même pour les fonctions gratuites, elles sont payées par les honneurs qu'elles confèrent. C'est là leur salaire. Ce n'est donc pas l'esprit de sacrifice et de dévouement qui préside à cette affluence croissante de candidats aux différentes fonctions publiques. C'est bien plutôt l'esprit de lucre. Il n'y a donc pas plus de différence dans le mobile qui les fait rechercher que dans la nature juridique des prestations qu'elles comportent.

On ne peut ainsi établir une distinction juridique entre les fonctions qui comportent des services intellectuels et celles qui impliquent des services manuels.

1. RENOARD : *Journal des Economistes*, 1854, T. XXXVIII, p. 180 et s.

Sans doute il y a pour soutenir la théorie classique une raison historique, c'est l'inégalité d'estime que les mœurs de l'antiquité avaient introduite entre les professions.

Dans le monde antique, les gains de l'ouvrier étaient indignes d'un homme libre parce qu'ils étaient le prix d'un esclavage.

Au contraire, des travaux intellectuels, en Grèce comme à Rome, étaient tenus en haute vénération ; c'eût été pour ceux qui les accomplissaient une injure que de qualifier leur prestation de service de la même expression que les travaux d'un esclave, et le droit, reflet des mœurs, dut sanctionner cette opinion.

Le même préjugé s'est perpétué dans notre ancien droit⁽¹⁾, le travail intellectuel fut longtemps l'apanage du clergé, puis de la bourgeoisie. Mais une révolution s'est opérée dans les mœurs et par suite dans les lois. Le Code civil, loin d'être un reflet de la théorie traditionnelle du mandat, en a précisément pris le contre-pied : il pose en principe que le mandat comme le louage peut être à titre onéreux (a. 1986) et Merlin qui a suivi de près l'élaboration du Code le reconnaît⁽²⁾ ; il admet que le mandant est obligé directement par le mandataire, qui ne l'est pas lui-même quand il agit dans les limites de son mandat (a. 1997).

L'ancienne théorie du mandat est donc abandonnée. La théorie du louage est au contraire généralisée : l'article 1710 est rédigé d'une manière très générale ; l'article 1779 qu'on a invoqué en sens contraire n'est que le développement de l'art. 1710 ; l'art. 1711 § 4 appelle *loyer* le louage du travail ou du service, sans distinguer si ce service est intellectuel ou manuel.

1. POTHIER : *op. cit.*, n. 10.

2. MERLIN, *Rép.*, l. c.

Le Code a voulu ainsi obéir au grand mouvement d'égalité qui avait détruit les distinctions de races, de religion et de classes et faire disparaître ce préjugé de l'inégalité des professions, déjà moralement détruit par la proclamation de l'égalité devant la loi.

Aussi la jurisprudence a-t-elle refusé de distinguer les contrats d'après la nature des services qu'ils comportent. La Cour de cassation déclare que le caractère juridique d'un contrat ne varie pas avec la nature des actes qu'il a pour objet et qu'un employé de chemin de fer quand il exerce une mission de surveillance importante et exceptionnelle ce qui n'est pas un travail mécanique reste un locateur de service (1), qu'une religieuse qui par devoir moral remplit le noble rôle d'infirmière signe cependant avec les administrateurs des hospices et bureaux de bienfaisance des louages de services.

L'administration elle-même n'a jamais cessé de considérer comme des locations de services soumises aux droits d'enregistrement des contrats comportant des prestations de services intellectuels.

Ainsi déjà sous l'ancien droit, le Conseil des finances par une décision du 22 septembre 1724 ordonna la perception du droit de marché sur l'engagement souscrit par un prêtre pour remplir les fonctions de son ministère moyennant une rétribution annuelle (2).

On considère comme louage de services la convention par laquelle une commune confie à un instituteur la direction de son école (3), un ingénieur accepte de diriger les services de voirie d'une commune (4), un citoyen accepte une mis-

1. Cass., 24 janvier 1881, S. 82. I. 209.

2. CHAMPIONNIÈRE ET RIGAUD : *Traité des droits d'enregistrement*, II, n. 1847.

3. DURAND DE MAILLANE : *op. c.*, v^o *Marché*, n^o 47.

4. Marseille, 2 août 1878.

sion temporaire (1), un architecte se charge de tous les travaux que fera effectuer une commune (2).

Cette jurisprudence et cette pratique administrative française est d'ailleurs confirmée au texte même de nombreuses lois étrangères. A nos articles 1710 et 1779 dont les termes généraux ont cependant permis les controverses correspond dans le Code civil italien l'article 1570 qui est également interprété dans le sens le plus large (3). Bien plus l'article 611 du nouveau Code civil allemand déclare expressément que « des services de tout genre peuvent être l'objet du contrat de louage ».

Le critérium de distinction entre les fonctionnaires de gestion qui sont des mandataires et ceux qui louent leurs services ne peut donc être trouvé dans la qualité des services qu'ils rendent.

3^e CRITERIUM : *le degré occupé dans la hiérarchie administrative.* — *Sont mandataires les employés supérieurs et locateurs de services les employés subalternes.* — Ce même préjugé de classe qui hante l'esprit de beaucoup d'auteurs s'est encore manifesté sous une autre forme, dans une nouvelle théorie.

On part toujours de cette idée que le mandat est un contrat plus noble que le louage.

D'autre part, on pense que la situation juridique d'un employé supérieur ne saurait décemment être identique à celle d'un employé subalterne. On donne donc au premier la qualité de mandataire, au second celle de bailleur de services. Ainsi pour M. Dareste, le personnel inférieur des administrations, concierges, garçons de bureau sont des

1. LAFERRIÈRE : *op. cit.* I. p. 620.

2. Alais, 14 août 1878. D. 79. 2. 163.

3. GIORGI : *op. et loc. cit.*

locateurs de services, les autres sont des mandataires (1).

On ne s'inquiète pas de la nature des travaux de chacun d'eux ; mais en réalité les deux catégories ainsi créées correspondent presque à celles de la théorie précédente, car les travaux mécaniques des services administratifs sont remplis par des employés d'un rang inférieur.

Ce classement qui correspond parfois à celui de fonctionnaires et d'employés chez certains auteurs (2) prétend être fondé sur les données de l'opinion publique et être en harmonie avec la pratique administrative.

En effet, on entoure de plus de considération les fonctionnaires supérieurs, on tient en moindre estime les fonctionnaires inférieurs (3), quand on ne leur dénie pas la qualité de fonctionnaires (4) ; de l'inégalité de l'importance politique de leur fonction et de l'inégalité de leur condition sociale on veut en conclure à une différence dans leur situation juridique.

Pour le faire, les uns s'autorisent de ce fait que le mandat confère à celui qui le reçoit des pouvoirs qui ne peuvent être transmis par un contrat de louage de services. Or les fonctionnaires supérieurs (5) ont généralement un pouvoir spécial, un droit de décision, d'initiative que n'ont pas les

1. DARESTE : *La justice administrative*, 2^e éd., 1898, p. 329 ; Cf. PERRIQUET : *Les contrats de l'Etat*, p. 435 ; BONASI : *Della responsabilita*, n^o 363 et s. ; MICELI : *Le garantigie*, p. 9 ; BLUNTSCHLI : *op. et loc. cit.*

2. Voir les conclusions du commissaire du gouvernement, sous Conseil d'Etat, 27 décembre 1879, S. 81. 3. 37 ; Cf. AUCOC : *Conférences*, I, n^o 774 et s., 194 et s. Voir ci-dessus p. 470 et s.

3. BLUNTSCHLI : *op. et loc. cit.* ; Cf. HAURIOU : *Précis*, p. 684, note.

4. Voir plus haut, p. 470 et s.

5. SIMONNET : *Droit public et administratif*, p. 174 ; BATBIE ; *op. c.*, 2^e éd., II, p. 479.

employés subalternes. Ceux-ci ne feraient qu'exécuter les ordres donnés par les premiers.

Or ce pouvoir ne peut être conféré par un louage de services, mais seulement par un contrat de mandat.

° Les autres, comme M. Orlando (1) ou M. Giriodi (2), se fondent sur la théorie traditionnelle qui fait de la gratuité l'essence du mandat et sur ce fait que des fonctionnaires supérieurs n'ont pas de traitement alors que tous les fonctionnaires inférieurs en sont pourvus. D'après cette théorie italienne que nous avons déjà signalée, le salarié demeure toujours un employé, c'est-à-dire un locateur de services, le fonctionnaire au contraire peut être mandataire.

Dans le premier cas, on doit encore repousser cette théorie ; il est inexact de dire que tous les mandataires ont des droits de décision et d'initiative. Ces fonctionnaires supérieurs qui ont ces pouvoirs ne sont pas dans une situation différente de celle d'un chef de rayon dans un grand magasin, d'un contre-maître dans une usine, qui vont jusqu'à faire des achats pour le compte du patron. Cependant ces derniers sont liés avec leur patron par des relations de louage de services (3).

D'ailleurs il est aussi inexact de dire que seuls les employés supérieurs ont ce droit de décision, car le plus humble serviteur de l'Etat a fréquemment l'occasion de faire des actes dont il tire lui-même la raison et dont il prend la responsabilité.

Ainsi un garde-champêtre a plus d'initiative à prendre qu'un chef de bureau au ministère.

Adopter la seconde théorie, ce serait revenir à la thèse du

1. ORLANDO : *Princip. di dir. amm.*, p. 99 et s.

2. GIRIODI : *l. c.*

3. Voir plus haut, p. 470 et s.

mandat, contrat gratuit par essence. Or nous avons repoussé le criterium de la gratuité (1).

D'autre part, nous avons vu que le traitement n'est pas du tout la caractéristique de la fonction publique (2), puisqu'il y a des fonctionnaires sans traitement. Il n'est pas davantage le critérium qui nous permet de distinguer entre elles les différentes classes de fonctionnaires. Ainsi nous savons que tous les fonctionnaires d'autorité sont avec l'Etat dans un rapport de droit public ; donc même ceux qui touchent un traitement ne sont pas pour cela des employés, c'est-à-dire pour M. Giriodi des *locateurs de services*. Inversement ceux qui ne touchent pas de traitement, par exemple les auxiliaires qui font un stage dans une administration, pendant la durée duquel ils ne reçoivent aucune rémunération, n'échappent pas par là aux liens du louage de services.

Donc cette théorie qui classe les fonctionnaires d'après le degré qu'ils occupent dans l'échelle administrative n'a pas une base juridique ; ce degré ne modifie pas les obligations des fonctionnaires, il ne peut modifier leur corollaire, c'est-à-dire leurs droits vis-à-vis de l'Etat.

4^e CRITERIUM : *La représentation : sont mandataires les fonctionnaires qui représentent juridiquement l'Etat personne morale et locateurs de services ceux qui font des actes de gestion n'impliquant pas la représentation.* — Dans cette théorie, ce ne sont ni l'absence de prix, ni la nature des prestations qui distinguent le mandat du louage de services ; « c'est le pouvoir donné par celui pour qui la chose se fait à celui qui doit l'accomplir, c'est la capacité, le droit donné au second d'agir au nom du premier de l'obliger envers les tiers et d'obliger les tiers envers lui » (3).

1. Voir plus haut, p. 623 et s.

2. *Introduction*, p. 29.

3. DUVERGIER : *Du louage*, II, n^o 274.

Le fonctionnaire qui loue son travail à l'Etat agit en son propre nom, les actes qu'il fait émanent de sa volonté et de sa capacité personnelle ; le mandataire au contraire agit au nom de l'Etat et les actes qu'il accomplit émanent de la personne administrative et sont faits avec la capacité de cette personne sous laquelle il agit. Le locateur fait des actes juridiques, il devient lui-même créancier et débiteur ; le mandataire, au contraire, fait immédiatement passer cette qualité par dessus sa tête et l'impose au mandant.

Telle est d'abord la volonté des parties. Tout débiteur ne doit être obligé que dans la mesure où il a voulu l'être, c'est là un principe général de droit. Or le mandataire, qui a parlé au nom du mandant, n'a pas voulu agir pour son propre compte, ni s'obliger personnellement ; le mandant a voulu arriver par l'intermédiaire du mandataire au même résultat que s'il avait agi en personne ; le tiers a voulu traiter avec le mandant et non avec le mandataire. Le seul moyen de se conformer à la volonté des trois parties, d'interpréter leurs conventions comme elles veulent que celles-ci le soient et par suite comme celles-ci doivent l'être, c'est de faire disparaître la personnalité du mandataire et de ne laisser en présence que le mandant et le tiers, c'est-à-dire d'admettre la représentation du mandant par le mandataire en accordant au tiers et au mandant des actions directes.

Si donc la volonté humaine est bien la cause et la mesure des conventions juridiques, comme le veut l'article 1134, c'est en elle qu'il faut chercher la caractéristique de chaque contrat.

Or la gratuité est bien insuffisante pour constituer ce critérium, car on la retrouve dans la donation, le commodat, le dépôt.

D'autre part la qualité des services n'a pas une base juridique.

Mais ce qui est juridique, c'est précisément la représentation de la volonté. La volonté, si elle n'est pas la base unique du droit, intervient cependant en même temps que l'intérêt dans la formation du droit et nous avons nous-mêmes défini le droit un intérêt juridiquement manifesté par une volonté qui en est le sujet (1). La représentation de cette volonté est un phénomène juridique du plus haut intérêt, et cette représentation est spéciale au mandat, car on ne la trouve que dans ce contrat.

C'est donc bien pour le mandat un criterium juridique qui le distingue nettement du louage de services. C'est celui qu'a entendu adopter le Code civil.

En effet l'art. 1984 le définit ainsi : « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ».

Or faire quelque chose au nom de quelqu'un, c'est bien représenter la volonté juridique de cette personne.

On dénie, il est vrai, au commentateur le droit de s'appuyer sur ce texte, car l'article en question serait mal rédigé.

On lui reproche en premier lieu de confondre la procuration et le mandat. Or, dit-on, la procuration est la manifestation unilatérale de la volonté qui demande à une autre de faire quelque chose pour elle-même, en d'autres termes c'est la sollicitation d'un mandat.

Le mandat est au contraire un contrat qui exige le concours de deux volontés.

Mais cette confusion n'a pu être commise. Le paragraphe 2 de l'article 1984 parle de l'acceptation du contrat ; de quel contrat peut-il être question au titre du mandat, si ce n'est du mandat lui-même ? De quelle acceptation veut-on

1. Voir plus haut p. 427.

parler si ce n'est de celle de la procuration qui est définie au paragraphe premier. Au lieu de les confondre, l'article 1984 distingue au contraire la procuration du mandat en donnant leurs définitions en deux paragraphes distincts, le premier traitant de la procuration qui est la pollicitation du mandat, le second de l'acceptation de la procuration qui forme le contrat de mandat.

On objecte encore que l'article 1984 déclare bien que le mandataire a le pouvoir d'agir au nom du mandant, mais il n'ajoute pas qu'il en a l'obligation. Nous y répondons encore de la même manière. Le paragraphe 1^{er} ne donne qu'une définition et seulement une définition de l'offre du mandat qui est la procuration, offre qui n'engage pas le mandataire et ne lui impose encore aucune obligation parce que celui-ci n'a pas encore manifesté sa volonté d'accepter l'offre. Mais si on lit le paragraphe 2 qui traite alors, non plus de la procuration c'est-à-dire de l'offre du mandat, mais de la procuration acceptée, c'est-à-dire du mandat, on voit qu'il s'agit là d'un contrat bilatéral qui oblige les deux parties, par suite le mandataire.

L'article 1984 montre donc nettement et sciemment que la représentation est essentielle au mandat.

Cette interprétation est d'ailleurs corroborée par plusieurs articles suivants.

L'article 1990 nous apprend que des incapables tels que les femmes mariées, les mineurs émancipés peuvent être choisis pour mandataires. Or ceux-là sont incapables de contracter pour eux-mêmes.

Cette capacité spéciale en matière de mandat est inintelligible dans toute autre théorie que celle de la représentation. Si en effet ce mandataire ne représente pas le mandant, il agit pour son propre compte, s'oblige lui-même envers le tiers, et l'article 1990 détruirait ainsi toutes les règles pro-

tectrices des incapables. Cela est même encore plus grave avec la théorie de la gratuité, car en général il faut une capacité plus étendue pour faire un acte à titre gratuit que pour faire un acte à titre onéreux. Mais cette capacité s'explique au contraire parfaitement dans notre théorie de la représentation par ce fait que les incapables contractent non pour eux-mêmes mais pour leurs mandants. La personne qui agit, parle, contracte, ce n'est pas celle de l'incapable, c'est juridiquement celle du représenté, il suffit donc que celle-ci soit capable pour que le contrat soit valable en droit ; quant à celle du mandataire « ce n'est qu'un échafaudage qui disparaît après la construction de l'édifice » (1).

Les dispositions des articles 1997 et 1998 sont également décisives. Quand le mandataire a contracté, il n'est pas obligé ; celui qui est lié c'est le mandant parce que, dit Tarrible, le mandataire ne fait que représenter le mandant. Cette disposition ainsi érigée en règle générale est absolument incompatible avec l'une quelconque des théories précédentes autre que celle de la représentation.

Enfin si l'on considère que le mandat peut être résolu par l'unique volonté du mandant, par dérogation aux principes généraux des conventions (art. 1134, § 2), on ne peut expliquer ce fait que par le rôle purement représentatif du mandataire. Comme c'est le mandant qui veut, qui s'oblige directement, quand ce mandant veut cesser de s'obliger, il n'y a plus de contrat possible parce qu'il n'y a plus de volonté de s'obliger ; de lui-même tombe le mandat.

La représentation est donc essentielle au mandat.

Nous prétendons qu'inversement il n'y a pas de repré-

1. TARRIBLE : *Rapport*, n° 10, dans LOCRÉ : *op. cit.*, VII, p. 380 ; AUBRY ET RAU : *op. cit.*, IV, § 411, p. 639.

sensation sans mandat. On invoque certaines circonstances qui font que des locateurs de services semblent agir au nom de celui à qui ils ont loué leurs services. Il n'en est rien cependant ; l'article 1710 dit que le bailleur s'engage à faire quelque chose, il agit alors pour lui-même. Tout autres, au contraire, sont les expressions de l'article 1984 qui a soin d'ajouter que celui qui fait agir, fait agir « en son nom ». Ce n'est que dans le mandat que de telles expressions sont employées. Cela est naturel, car le bailleur de services n'a pas besoin d'un tel pouvoir pour les actes qu'il accomplit.

D'autre part, l'article 94 du Code de commerce a bien la même pensée quand il distingue deux sortes de commissionnaires : 1^o les locateurs de services qui ne représentent pas le commettant ; 2^o les mandataires qui le représentent.

Nous avons ainsi démontré qu'il n'y avait pas de mandat sans représentation et inversement qu'il n'y avait pas de représentation sans mandat ; nous pouvons donc conclure que le pouvoir de représentation est le criterium qui nous permet de distinguer le mandat de tout autre contrat et en particulier du louage de services (1).

1. En ce sens : DUVERGIER : *Du louage*, II, n^o 267 ; TAULIER : *Code civil*, VI, 284-297 ; PONT : I, p. 820 ; AUBRY ET RAU : IV, p. 512, § 371 bis, et p. 634, § 410, note 2 ; LAURENT : XXVII, n^o 333 et s. ; GUILLOUARD : *Du mandat*, n^o 27 ; GLASSON : *le Code civil et la question ouvrière*, p. 14 ; BAUDRY-LACANTINERIE : *Précis*, III, p. 907. — La jurisprudence de 1812 à 1882 adoptait la théorie romaine : Cass., 27 janvier 1812 ; 24 janvier 1812 ; 24 juin 1840 ; 9 avril 1850 (*Journal du Palais*, 1850, II, p. 639) ; Amiens, 28 nov. 1849 (*J. Palais*, 1850, II, p. 732) ; Dijon, 10 février 1867 (*J. Palais*, 1867, II, 560) ; Aix, 29 février. 1876 (*J. P.*, 1877, II, p. 481) ; Chambéry, 14 avril 1880 (*J. P.* 1882, II, p. 507). Mais ce dernier arrêt a été cassé par la Cour suprême qui depuis lors a adopté tantôt la théorie traditionnelle (30 janvier 1889, *Pal.* 89. 1.

Cela nous permet maintenant de classer, d'après une base juridique, les fonctionnaires de gestion en deux catégories bien distinctes : ceux qui sont des mandataires de l'Etat et ceux qui sont des préposés. Nous n'avons qu'à examiner la nature des actes qu'ils accomplissent.

En effet tous les faits ne peuvent faire l'objet du mandat ou du louage.

Le locateur de services s'engage à faire quelque chose (art. 1710), à accomplir un certain travail, un fait quelconque matériel ou intellectuel qui n'a pas de caractère juridique, qui est exécuté pour celui qui le commande mais jamais en son nom. Un fait pur et simple, voilà l'objet du louage.

Le mandat au contraire entraîne nécessairement avec lui la représentation. Or la représentation, phénomène juridique, n'est possible que dans les faits juridiques. Le mandataire promet donc un fait juridique, un acte qui a pour effet de produire des conséquences juridiques, c'est-à-dire de créer, de modifier ou d'éteindre des droits vis-à-vis des tiers ou contre eux, au nom du mandant. Un acte de droit, voilà l'objet du mandat.

Aussi un fait matériel, comme celui de casser des cailloux sur une route, sera l'œuvre d'un bailleur de service : le cantonnier n'a pas un autre caractère. Le fait d'entrer en relation avec des tiers, d'engager des ouvriers pour transporter ces cailloux, de faire avec eux un contrat au nom de l'Etat, sera l'objet d'un mandat ; l'ingénieur des ponts et chaussées prendra la qualité de mandataire. Le cantonnier en effet, bien qu'il ait une mission de sur-

1063, (29 octobre 1889 ; *Pal.* 89, 1. 1177) ; 17 juin 1890, (*Pal.* 1890 1. 933) tantôt celle de la représentation (Cass., 14 avril 1886. S. 87. 1. 76. D. 86. 1. 220 ; Nîmes, 3 novembre 1894, *Mon. jud. du Midi*, 2 décembre 1894).

veillance, n'a pas le pouvoir de représenter l'Etat. Qu'en ferait-il ? Conçoit-on qu'on lui donne ce pouvoir alors qu'il n'aura jamais l'occasion de s'en servir ? Certes il peut être amené à faire des actes juridiques à l'occasion de ses fonctions. S'il n'a ni pelle ni marteau il devra les acheter et pour cela entrer en relations juridiques avec des tiers, passer un contrat de vente, mais ce n'est pas là l'objet de sa nomination, l'exécution même de son obligation ; la fonction n'a été que l'occasion de ces contrats ; elle ne sera remplie que quand l'ouvrage sera achevé.

L'ingénieur au contraire représentera l'Etat en faisant un acte juridique au nom de ce dernier ; c'est l'Etat qui sera immédiatement constitué débiteur du salaire des ouvriers. Le pouvoir de représentation lui est donc indispensable.

Vendre, acheter, louer, payer au nom de quelqu'un sont des actes juridiques qui supposent la représentation et par conséquent donnent à celui qui les accomplit au nom de l'Etat la qualité de mandataire de l'Etat.

Ainsi un intendant militaire, un ministre sont des mandataires de l'Etat, un maire est un mandataire de la commune.

Les fonctionnaires de gestion sont donc des mandataires ou des préposés de l'Etat ; ils sont, dit M. Perreau, des mandataires, s'ils représentent juridiquement l'Etat ; un fonctionnaire passant un marché de fournitures sera dans ce cas ; Ils sont ses préposés, si agissant au nom de l'Etat, ils ne le représentent cependant pas juridiquement, c'est le cas d'un professeur dans une Université (1).

1. PERREAU : *De la responsabilité des fonctionnaires*, p. 69. — M. MICHOUX accepte également l'application du mandat à la gestion des services publics (*De la gestion d'affaires appliquée aux services publics* dans la *Revue générale d'administration*, 1894, II, 9) : « C'est en effet en qualité de *mandataire* que le maire agit

Cette théorie échappe ainsi aux critiques dirigées contre toutes les théories précédentes.

Conclusion. — Sans doute, comme le remarque M. Michoud (1), la situation d'un agent de l'Etat est souvent complexe non seulement quand les règles de droit public viennent se mêler à celles de droit privé (ce qui se présente toutes les fois qu'un fonctionnaire comme le préfet fait à la fois des actes d'autorité et des actes de gestion), mais encore dans le domaine du droit privé, quand le même fonctionnaire accomplit tantôt des actes de mandat, tantôt des actes de louage de services. Il n'y a que peu de situations juridiques bien nettes, de fonctionnaires qui soient seulement des agents de l'autorité, des mandataires ou des préposés.

Notre classification n'a donc pas une précision absolue quand nous envisageons seulement les rapports du fonctionnaire et de l'Etat ; on s'en tient au but principal et essentiel de la fonction ; au contraire elle est absolument précise quand nous classons les actes qu'ils accomplissent.

Envisage-t-on ce que M. Pacinotti appelle le rapport externe de la fonction, c'est-à-dire les relations qui se sont établies entre le fonctionnaire et un administré par suite

quand il contracte avec un tiers au nom de la commune » ; mais il ajoute en note : « Nous ne voulons pas dire par là que les relations juridiques entre le maire et la commune ou plus généralement entre l'administration et le service public doivent être régies en thèse générale par les règles du mandat. La situation de l'agent administratif est infiniment plus complexe que celle du mandataire ; dans son ensemble elle est régie par le droit public bien plus que par le droit privé. Mais nous admettons que les contrats passés par les personnes morales administratives doivent en principe et sauf disposition contraire de la loi être soumis aux règles du droit privé. Le maire passe un contrat au nom d'un tiers qui est la commune ; il oblige ce tiers sans s'obliger lui-même ; c'est la situation du mandataire vis-à-vis du mandant. »

1. MICHOD : *Op. et loc. cit.*

d'un acte de la fonction ? Chaque acte entraîne avec lui sa solution et donne son caractère au fonctionnaire qui l'accomplit ; selon que cet acte est un ordre, un contrat ou un fait matériel, le fonctionnaire devient un fonctionnaire d'autorité ou un fonctionnaire de gestion, mandataire au bailleur de services, et on appliquera les règles du rapport unilatéral, du mandat, ou du louage.

Considère-t-on seulement le rapport interne de fonction publique, c'est-à-dire le rapport entre l'Etat et le fonctionnaire, en dehors de toute relation avec les tiers ? Ce sera alors d'après le but principal de la fonction et non d'après la plus grande fréquence des actes accomplis qu'on déterminera le lien juridique.

Ainsi un préfet fait des actes d'autorité quand il prend un arrêté de police, et des actes de gestion quand il passe un contrat au nom du département ou de l'Etat.

Si un litige s'élève à propos d'un acte du préfet entre un tiers et l'Etat, c'est à la nature intrinsèque de l'acte qu'il faudra se reporter pour déterminer la nature du domaine juridique dans lequel on se trouve : il s'agit de droit public si c'est à propos de l'arrêté de police ; c'est une question de droit privé, de mandat, si c'est un bail d'immeuble. Si un différend s'élève directement entre le préfet et l'Etat, c'est uniquement au droit public qu'on se référera, parce que le préfet est avant tout un fonctionnaire politique et par suite il est lié avec l'Etat par un rapport unilatéral de puissance publique.

Cette différence de solution entre les deux situations est fort rationnelle.

Dans le premier cas le principal intéressé est l'administré ; c'est donc à son point de vue qu'il faut se placer pour juger de la situation juridique ; c'est son rôle dans l'acte examiné qui déterminera le domaine juridique dont les règles s'appliqueront,

On objectera qu'il est fort difficile de donner ainsi successivement à nombre de fonctionnaires une situation juridique différente. Cette transformation est cependant moins radicale et moins choquante que celle de la pratique administrative qui attribue au même fonctionnaire d'autorité tantôt la qualité de fonctionnaire de l'autorité judiciaire, tantôt celle de fonctionnaire de l'autorité administrative.

Pour l'information de certaines décisions de ces fonctionnaires, il est nécessaire de rechercher en quelle qualité le fonctionnaire a pris la décision attaquée. Un préfet, et en particulier le préfet de police à Paris, peut agir en qualité de fonctionnaire de l'ordre judiciaire, comme officier de police judiciaire en vertu de l'article 10 du Code d'instruction criminelle. Or les actes qu'il fait en cette dernière qualité, les mandats qu'il délivre, les saisies qu'il opère ou fait opérer, sont les éléments préliminaires d'une instruction criminelle ou correctionnelle qui ne relève que de l'autorité judiciaire (1).

Un arrêt du Tribunal des Conflits (2) décide même, par application de cette règle, que l'autorité judiciaire, compétente pour apprécier les actes de saisie pratiqués par un préfet de son propre mouvement ou même sur l'ordre du ministre de l'Intérieur, l'est également pour statuer sur l'action en responsabilité formée contre le préfet à l'occasion de ces actes.

De même les commissaires de police participent, suivant les cas, à la police administrative ou à la police judiciaire. Un commissaire de police avait opéré une perquisition et une saisie chez un pharmacien, à la requête d'inspecteurs de pharmacie. Le pharmacien lui intente une action en

1. Conflits, 25 mars 1889. 3 espèces : 1^{re} esp. *Dufeuille*, 2^e esp. *Michau*, 3^e esp. *Usannaz-Joris*.

2. Conflits, 25 mars 1889, 3^e esp. *Usannaz-Joris*.

dommages-intérêts. Le préfet élève le conflit en se fondant sur ce fait que les inspecteurs de pharmacie sont des agents de l'administration et que le commissaire, agissant sur leur réquisition, a lui-même le caractère d'agent de l'administration. Le tribunal des conflits a annulé cet arrêté de conflit pour ce motif que le commissaire requis pour la constatation d'une infraction à la loi, pour la saisie des drogues, constatant le corps du délit avait agi comme officier de police judiciaire (1).

De même encore les consuls exercent tantôt des fonctions diplomatiques ne relevant d'aucune juridiction contentieuse, tantôt des fonctions administratives qui peuvent donner lieu à des recours devant le Conseil d'Etat, tantôt enfin des attributions d'ordre judiciaire pour lesquelles ils ne relèvent que des juridictions judiciaires supérieures (2).

Tous ces fonctionnaires d'autorité changent ainsi de caractère suivant les actes qu'ils accomplissent dans leurs rapports avec leurs administrés au point qu'ils sont justiciables de juridictions différentes.

C'est donc là un phénomène normal en droit public.

Il n'y a par suite rien d'étonnant à ce que des fonctionnaires aient également un double caractère d'autorité ou de gestion, de mandataires ou de préposés suivant les circonstances.

Cela serait même moins choquant, car dans les exemples précités ces fonctionnaires étaient à cheval sur deux autorités, certains disent deux pouvoirs, l'autorité administrative et l'autorité judiciaire : au contraire dans notre classement nous ne sortons pas de l'ordre administratif.

Ainsi, dans les rapports entre administré et administra-

1. Conflits, 15 décembre 1883.

2. Conseil d'Etat, 19 décembre 1868, *Ridel*; Conflits, 6 avril 1889.

teur, on peut et on doit envisager la nature intrinsèque de l'acte pour déterminer les règles juridiques qu'il faut appliquer aux rapports entre les deux parties.

Nous avons dit qu'au contraire, dans les rapports entre l'Etat et le fonctionnaire, on détermine le lien juridique qui les unit d'après le but principal et essentiel de la fonction, sans se fonder sur les actes exceptionnels qui peuvent avoir motivé une décision de l'Etat à l'égard du fonctionnaire, sans vouloir distinguer entre les différents actes de la fonction ; ce serait tomber dans la subtilité, l'illogisme et l'iniquité.

Ce serait une subtilité, car les nuances qui séparent parfois les actes d'autorité des actes de gestion sont peu saisissables quand on ne les envisage que dans les rapports entre l'Etat et le fonctionnaire ; les ordres professionnels ont plus d'un rapport avec les ordres de puissance publique.

Ce serait illogique, car il n'est guère rationnel qu'un maître traite différemment ses employés suivant qu'ils accomplissent tels ou tels actes de leur emploi.

Ce serait injuste, car deux employés de même ordre lésés par deux faits de leur fonction se trouveraient dans des conditions juridiques d'une inégalité choquante, si l'acte de l'un se trouvait être un louage et celui de l'autre un acte d'autorité ou un mandat.

Ainsi la Cour de Chambéry (1) avait posé en principe qu'un employé de chemin de fer, cependant locateur de services, faisant parfois des actes de mandat, devait être indemnisé quand il était blessé par un tiers en faisant un acte de mandat (art. 2000) c'est-à-dire qu'au cas où il ne ferait qu'un acte de louage il ne toucherait aucune indemnité.

1. Chambéry, 14 avril 1880, sous Cass., 24 janvier 1882, S. 82. 1. 209.

C'était mal fonder l'indemnité due à raison d'actes de la fonction et surtout créer une distinction grosse d'erreurs que la Cour de Cassation a condamnée (1). Il suffit de constater qu'un acte rentre dans la fonction pour ne pas appliquer dans les rapports entre l'Etat et le fonctionnaire les règles spéciales à ces actes, mais au contraire les règles générales du lien juridique principal et essentiel que crée entre les deux parties la fonction publique.

La distinction entre les fonctions d'autorité d'une part et les fonctions de gestion d'autre part, la division de celles-ci en mandats et en louages de services étant ainsi juridiquement établie, le principe, qui consiste à caractériser la relation entre Etat et administré d'après la nature spéciale de chaque acte d'administration, et le rapport entre Etat et fonctionnaire d'après la nature des actes en vue desquels la fonction a été principalement créée, étant fondé en droit, nous pouvons maintenant résoudre facilement en jurisprudence et en législation les multiples difficultés qui s'élèvent d'une part entre les fonctionnaires et, d'autre part, les tiers ou l'Etat.

1. Cass., 24 janv. 1882, S. 82. 1. 209. — La question ne saurait d'ailleurs aujourd'hui se poser sous cette forme depuis la loi sur les accidents du travail de 1898.

CHAPITRE IV

CONSÉQUENCES DE NOTRE THÉORIE RELATIVEMENT AUX OBLIGATIONS DE L'ÉTAT ET DU FONCTIONNAIRE

Les obligations réciproques de l'Etat et des fonctionnaires ont été déterminées, en général, par les lois et les règlements d'organisation administrative.

Les textes ont ainsi constitué un régime légal unilatéral pour les fonctions d'autorité qui ont été conférées à leur titulaire par un acte unilatéral de puissance publique : c'est la loi qui oblige directement l'Etat et le fonctionnaire.

Ils ont au contraire constitué, pour les fonctions de gestion, un régime légal contractuel, c'est-à-dire un régime fixé par la loi mais non imposé au fonctionnaire qui l'accepte librement : la nomination n'étant que la publication d'un accord, dont les clauses ont bien été préétablies par la loi, mais ont été librement acceptées de part et d'autre. C'est le contrat qui oblige alors directement les parties et leur permet de se prévaloir des dispositions légales qui sont les clauses de leur convention.

Ces deux régimes, l'un unilatéral, l'autre synallagmatique, semblent ainsi identiques quant au fond : ils sont toujours composés d'éléments légaux. Ainsi l'Etat, en toute circonstance, sera tenu de protéger le fonctionnaire dans l'exercice de sa fonction, de le dispenser parfois de tutelle, d'une partie du service militaire, de lui payer son traitement ou sa pension et en général de respecter tous les droits que la

loi accorde au fonctionnaire. Inversement, le fonctionnaire doit à l'Etat l'obéissance hiérarchique, il est parfois tenu de résider au siège de sa fonction, de porter l'uniforme dans les cérémonies officielles ; il doit remplir personnellement sa charge, sauf dans le cas où la loi autorise la suppléance et la délégation. Ce régime légal, qu'il soit basé sur un acte unilatéral ou sur un contrat, est ainsi identique pour les fonctionnaires d'autorité et pour les fonctionnaires de gestion : il n'intéresse donc pas notre distinction.

Mais l'intérêt de notre classification apparaît quand il s'agit de sanctionner les règles précédentes et d'en tirer les conséquences : un régime légal unilatéral ne comporte pas de contentieux au fond ; une relation contractuelle en est au contraire susceptible.

Bien plus, la loi n'a pas prévu tous les cas qui peuvent se présenter dans les conflits relatifs à la fonction publique, d'autant moins qu'il n'y a pas en France de loi générale organisant celle-ci.

Même quand la situation a été prévue par les textes, il arrive fréquemment que des solutions différentes peuvent lui être appliquées, car nos lois administratives datent d'époques diverses, ont été inspirées par des conceptions différentes et leurs différentes dispositions ne sont pas toujours concordantes.

Enfin, chaque jour, avec les charges nouvelles qu'assume l'Etat des situations nouvelles apparaissent et celles-ci n'ont pas été prévues par les textes.

Dans tous ces cas, il faut au juge et au législateur un guide sûr qu'ils ne peuvent trouver que dans une théorie rationnelle de la fonction ; et sans ce guide le juge ne rendra que des décisions d'espèces et le législateur ne fixera que des règles spéciales à chaque service et par suite toujours incomplètes.

Nous énumérerons les principales conséquences de notre théorie et nous devons montrer qu'elle résout d'une manière rationnelle les principaux conflits qui peuvent s'élever entre l'administration et les fonctionnaires ou les tiers.

En jurisprudence nous étudierons la responsabilité du fonctionnaire et la nature de la compétence à laquelle elle donne lieu.

En législation, nous indiquerons quelques points actuellement en discussion, tels que le droit à l'admission aux fonctions publiques, le droit d'association entre les agents de l'Etat.

SECTION I

Critique de la jurisprudence relative à la responsabilité de l'Etat et des fonctionnaires et à la compétence attribuée aux actions en responsabilité.

C'est surtout en matière de responsabilité et de compétence que se sont élevées les controverses les plus fréquentes et les plus graves. Ce sont même ces circonstances qui ont amené les juges et les auteurs à formuler accessoirement leur opinion sur la nature juridique de la fonction publique. Mais aucun principe général n'a dicté les solutions adoptées : nous pensons qu'on le trouve dans notre théorie.

§ 1^{er}. — *De la responsabilité de l'Etat.*

La responsabilité de l'Etat en matière de fonction publique peut être mise en jeu principalement dans trois circonstances :

a) *en cas de fait dommageable à un tiers commis par un de ses fonctionnaires ;*

b) *en cas de fait d'un tiers préjudiciable à un fonctionnaire ;*

c) *en cas de fait de l'Etat préjudiciable à un de ses agents, par exemple en cas de révocation.*

a) *Responsabilité de l'Etat pour fait de ses fonctionnaires dommageable à un tiers (1).*

Nous avons dit que pour déterminer les conséquences des relations des fonctionnaires avec les tiers, on ne devait pas se placer au point de vue du but essentiel et principal de la fonction, mais au point de vue de la nature propre de chaque acte particulier.

En effet, ce n'est pas la distinction des fonctionnaires d'autorité et des fonctionnaires de gestion qui entraîne la division des actes administratifs en actes de commandement et en actes de gérance ; ce sont au contraire les actes qu'ils accomplissent principalement et essentiellement dans l'exercice de leur fonction qui nous ont fait classer ainsi les fonctionnaires. Or notre distinction des fonctionnaires n'est pas absolue, car, ainsi que nous l'avons remarqué, des fonctionnaires d'autorité peuvent, par exception, faire des actes de gestion et réciproquement des fonctionnaires de gestion peuvent parfois faire des actes de commandement.

Mais, si dans les rapports entre l'Etat et le fonctionnaire on ne peut distinguer entre les divers actes parce que les mesures prises par l'administration vis-à-vis de son employé le sont pour l'ensemble de la fonction, il n'en est pas de même vis-à-vis du tiers qui n'a eu de rapport avec le fonctionnaire que dans un seul acte, qui n'a passé avec lui qu'un seul contrat ou subi qu'un seul ordre à la fois. Ce ne peut donc être que d'après ce seul fait que s'établira le rapport du tiers et du fonctionnaire, par suite, du tiers et de l'Etat.

1. Voir l'article de M. MICHOUX : *De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents* (*Revue du droit public et de la science politique*, 1895, I, p. 401, II, p. 1 et 251).

Si, généralement, les agents qui sont avec l'Etat dans un rapport de puissance publique ne font vis-à-vis des tiers que des actes d'autorité, cependant, vis-à-vis des tiers, le fonctionnaire d'autorité peut devenir exceptionnellement un fonctionnaire de gestion. De même, un employé, qui vis-à-vis de l'Etat, est un fonctionnaire de gestion, parce que sa mission principale est de gérer des intérêts, pourra, par exception, agir vis-à-vis du tiers comme un agent d'autorité. Ainsi le préfet est pour l'Etat un agent d'autorité, bien que dans certains cas il passe des contrats ; l'agent-voyer est un agent de gestion, bien que parfois il donne l'alignement de la propriété particulière le long d'une voie publique ; cependant il y aura relation de gestion entre le préfet et l'individu qui contractera avec lui, relation d'autorité entre l'agent-voyer et le propriétaire.

Donc la nature du rapport qui lie l'Etat et l'agent est déterminée par la nature des actes qui constituent le but essentiel et principal de la fonction ; celle du rapport qui unit l'agent et le tiers est déterminée par le caractère de l'acte spécial dans lequel ils sont entrés en relation. La nature du rapport interne ne correspond pas à celle du rapport externe de la fonction (1).

Ce principe a une application directe en matière de responsabilité de l'Etat vis-à-vis des tiers pour fait de ses agents : c'est d'après la nature propre de l'acte que nous devons décider si nous sommes en droit public ou en droit privé.

Il y a bien peu d'harmonie entre les auteurs ou les arrêts

1. Un auteur italien admet entre ces deux relations une opposition absolue : il fait du rapport interne une relation de louage de services, du rapport externe un rapport de puissance publique, de droit public (PACINOTTI : *Contributo alla determinazione giuridica del rapporto d'impiego nel diritto amministrativo* (*Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXIX, 15-31 mai 1900, p. 68 et s.).

de jurisprudence sur le principe de la responsabilité de l'Etat, et même, quand on l'admet, sur la nature privée ou publique de cette responsabilité.

Comme, d'une part, on reconnaît généralement que la responsabilité est nécessaire, que, d'autre part, on ne peut imposer à quelqu'un une obligation qu'en vertu de textes et qu'il n'y a pas de textes de droit public établissant la responsabilité, on la fonde sur les articles 1382 à 1386 du Code civil. C'est là en effet un texte général et on ne fait qu'appliquer à l'Etat le droit commun (1). En Allemagne et en Italie, où la question se pose sous la même forme, on a souvent résolu en ce sens la question de responsabilité (2).

Nous avons déjà montré que le droit privé était étranger aux rapports de la puissance publique (3) ; il est fait pour les rapports d'égalité et non de subordination, il ne saurait donc s'appliquer à tous les actes des fonctionnaires.

D'autres ont cherché dans le droit public la base d'un principe de responsabilité qui puisse être appliqué à toutes les manifestations de l'activité administrative.

1. LAURENT : *Droit civil*, XX, n. 478 et s. ; AUBRY et RAU : T. IV, n. 447 ; DEMOLOMBE : XXXI, n. 637.

2. Ainsi GIERKE : *op. c.*, p. 743 et s., après avoir constaté qu'il y a une responsabilité de droit privé, tandis qu'il n'y en a pas en droit public, que cette responsabilité est applicable aux personnes morales, l'applique à l'Etat et justifie sa thèse par ce fait que l'intéressé attaque le fonctionnaire par une action civile. Cette responsabilité privée est une responsabilité directe puisque l'agent est un organe de l'Etat qu'il incarne.

En Italie, MEUCCI : *op. c.*, p. 341 et s., partage la même opinion. Pour lui « le droit public n'est pas autre chose que l'application du droit privé aux rapports de l'Etat » (p. 368). Mais il n'applique à l'Etat que la responsabilité indirecte de l'art. 1153 du Code civil italien qui correspond à notre art. 1384.

3. Ci-dessus, p. 418 et s. Cf. note de M. HAURIOU sous Cons. d'Etat, 13 janvier 1899. S. 1900, 3. 1, 2^e colonne.

Windscheid (1) déclare l'Etat responsable des actes de ses agents parce que ce sont ses propres actes. Mais il reste à démontrer que la responsabilité atteint ces actes. Or nous avons vu qu'elle n'existe pas en droit privé, puisque les actes de puissance publique ne tombent pas sous son application, ni en droit public, puisque les actes de gestion n'y sont pas soumis. D'autre part, dire que les actes des fonctionnaires sont les actes de l'Etat, c'est oublier que bon nombre d'agents ne sont pas des organes de l'Etat, mais seulement des préposés, ainsi que nous l'avons démontré.

Quelques auteurs fondent la responsabilité de l'Etat sur le manquement à une obligation générale, personnelle et essentielle, qui est de faire régner le droit (2). L'inexécution de cette obligation entraînerait pour les intéressés lésés une action en dommages-intérêts. Ou bien encore on la base sur la collaboration de l'Etat et de l'administré ; il y aurait entre les citoyens une sorte d'assurance mutuelle contre l'accident administratif (3). Tel serait le fondement de la loi de 1895 sur la réparation des erreurs judiciaires.

Mais de ce fait qu'il faut des lois spéciales pour créer cette responsabilité, on est porté à conclure qu'elle n'est pas un principe général et absolu. D'autre part une obligation de droit public n'a pas une sanction civile comme une action en dommages-intérêts. La sanction de tout manquement par le Gouvernement à une de ses obligations est naturellement politique ; c'est la mise en jeu de la responsabilité ministérielle.

1. WINDSCHEID : *Lehrbuch den Pandekt.* 5^e édit., § 470, note 4.

2. STEIN : *Verwaltungslehre*, I, 639 ; LÖNING : *Die Haftung*, etc., p. 107 et s., et arrêts, p. 110 ; BERTOLINI : *l. c.*, p. 330. Voir le rapport d'Heffter dans les *Archives für criminalrechts*, 1851, p. 466 et s.

3. M. HAURIOU : *La gestion administrative* ; Cf. S. 1900. 3. 2 et s., S. 97. 3. 33.

Pour Zacchariæ (1), la responsabilité de l'Etat serait la corrélation nécessaire du devoir d'obéissance des citoyens aux ordres des fonctionnaires. En effet, malgré son droit de résister à un ordre illégal, le citoyen ne peut en user, car la question de légalité est difficile à résoudre. Il obéira donc, sauf à diriger ultérieurement contre l'ordre illégal un recours que l'Etat doit lui garantir. Mais cette garantie qu'offrirait l'Etat de la légalité de ses ordres, aucun texte ne permet de la créer. On ne pourrait la fonder que sur l'obligation générale de faire régner le droit ; cette théorie retombe ainsi dans la précédente et se heurte aux mêmes objections.

Il semble donc impossible d'établir la responsabilité de l'Etat sur un texte de droit privé, ou sur un principe de droit public.

La jurisprudence française en a conclu à l'irresponsabilité de l'Etat ou du moins à une responsabilité tout à fait particulière et relative.

Jusqu'en 1873, la jurisprudence civile appliquait généralement la responsabilité de droit privé (2) ; la jurisprudence administrative distinguait, au contraire, entre les actes de gestion et les actes de puissance publique, appliquant aux premiers les articles 1382 à 1386 du Code civil (3), couvrant au contraire les autres par le principe de l'irresponsabilité de l'administration (4).

1. ZACCHARIÆ : dans la *Zeitschrift für Staatswissenschaft* 1863, p. 582 et s.

2. Cass., 30 janvier 1833, D. 33. 1. 55 ; 30 janvier 1843 ; D. 43. 1. 96 ; S. 43. 1. 353 ; Agen, 24 avril 1843 ; D. 43. 2. 205, S. 43. 2. 476 ; Cass., 19 décembre 1854 ; S. 55. 1. 266 ; Cass., 15 juin 1872, S. 73. 145 ; Seine, 17 juin 1870, S. 71. 2. 224.

3. Conseil d'Etat, 16 décembre 1839, Lebon, p. 593 ; 27 mai 1839, Lebon, p. 306 ; 3 septembre 1844, Lebon, p. 566 ; 7 décembre 1847, Lebon, p. 677 ; 10 mars 1853 (implicit.). D. 53. 3. 33.

4. Conseil d'Etat, 11 mai 1854. D. 54. 3. 60 ; 15 mai 1856, D. 57.

Mais, à propos d'un accident causé par un ouvrier des manufactures de l'Etat, c'est-à-dire d'un cas de responsabilité pour fait de gestion, le Tribunal des Conflits, appelé à statuer, admit, dans l'espèce, la responsabilité, mais posa le principe général et absolu, déjà énoncé dans quelques arrêts du Conseil d'Etat (1), que l'Etat n'est responsable, en toute circonstance, que si les nécessités du service le comportent (2) ; sa jurisprudence postérieure a confirmé cette décision par des arrêts rédigés dans les mêmes termes (3).

Le Conseil d'Etat a fait siennes ces décisions, et proclamé qu'en toute circonstance le tribunal administratif peut, ou non, déclarer l'Etat responsable, suivant que les besoins du service se concilient ou non avec la responsabilité (4).

3. 2 ; 18 août 1857, D. 58. 3. 36 ; 24 mai 1860, D. 60. 3. 41 ; 24 février 1863, D. 63. 3. 58 ; 9 mai, 6 juin et 8 août 1873, D. 74. 3. 9.

1. Conseil d'Etat, 6 décembre 1855 et 20 février 1858, D. 59. 3. 34-35.

2. Conflits 8 février 1873, *Blanco*, D. 73. 3. 20, S. 73. 2. 153.

3. Conflits 17 janvier 1874, D. 75. 3. 2, S. 75. 2. 341 ; 4 juillet 1874, D. 75. 3. 68, S. 74. 2. 378 ; 29 mai 1875, D. 76. 3. 46, S. 77. 2. 128 ; 31 juillet 1875, D. 76. 3. 45, S. 75. 2. 305 ; 4 août 1877, S. 77. 2. 312 ; 20 mai 1882, D. 83. 3. 115 ; 4 août 1891 (motifs), S. 93. 3. 113 ; 10 mai 1890, *Revue générale d'administration*, 1890, II, p. 431 ; 8 février 1873, Lebon, p. 155.

4. Conseil d'Etat, 8 mai 1874, D. 75. 3. 54 ; 15 janvier 1875, Lebon, p. 40 ; 21 février 1879, Lebon, 1879, p. 162 ; 21 mai 1879, Lebon, p. 241 ; 19 mars 1880, Lebon, p. 317 ; 12 juin 1882, D. 84. 3. 9 ; 7 juillet 1882, Lebon, p. 647 ; 4 août 1882, Lebon, p. 753 ; 2 mars 1883, Lebon, p. 235 ; 24 avril 1885, D. 86. 3. 130 ; 7 juillet 1893, Lebon, p. 561 ; 11 mai 1883, Lebon, p. 449 ; 9 mars 1877, Lebon, p. 261 ; 4 avril 1879, Lebon, p. 283 ; 21 mai 1879, Lebon, p. 241 ; 6 mai 1881, D. 82. 3. 106 ; 6 janvier 1882, D. 83. 3. 44 ; 27 juillet 1883, Lebon, p. 698 ; 20 juin 1884, Lebon, p. 489. — Dans tous ces cas, le Conseil admet la responsabilité alors qu'il la repousse en d'autres circonstances analogues : Conseil d'Etat, 8 janvier 1875, D. 75. 3. 116 ; 5 mars 1880, S. 81. 3. 64 ; 23 juin 1882, D. 84. 3. 2 ; 9 février 1883, D. 84. 5. 151 ; 12 décembre 1884,

La Cour de Cassation, au contraire, continua toujours à appliquer la responsabilité de droit privé, dans les circonstances où ne se manifestait pas la puissance publique (1), mais ses arrêts étant régulièrement critiqués par le tribunal des Conflits, elle a fini par se conformer, après une longue hésitation, à la jurisprudence de ce tribunal et à repousser l'application de la responsabilité de droit privé en déclinant sa compétence pour tous les actes relatifs aux services publics (2).

Ainsi, la jurisprudence actuelle, qui n'est plus qu'administrative, distingue trois cas :

1^o Quand il s'agit d'un acte de puissance publique exerçant un droit de souveraineté, et causant par suite d'une faute un dommage à un tiers, l'Etat n'est pas responsable. L'arrêté du gouverneur d'une colonie expulsant un colon même illégalement (3), l'arrêté ministériel refusant à un particulier l'autorisation d'exploiter une source minérale (4), et, en général, tous les actes de police tels que la mise en chômage forcé d'une mine par le préfet (5), l'autorisation donnée à un département d'établir un tramway faisant con-

D. 86. 3. 54; 5 février 1892; D. 93. 3. 66; 13 janvier 1893, Lebon, p. 21.

1. Cass., 30 juillet 1877, S. 78. 1. 110; Cass., 14 août 1877, S. 78. 1. 109; Cass., 13 juin 1876, S. 77. 1. 62 (implicitement).

2. Seine, 13 fév. 83, Palais, 83. 1. 489; St-Etienne, 29 juin 83, Palais, 93. 2. 166; Cass., 19 nov. 83, D. 84. 1. 246; Cass., 17 mars 84, D. 84. 1. 327; Voir cependant en sens contraire un arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} février 1891, D. 92. 1. 147, aff. *Sourbé*, appliquant la faute de l'art. 1382 à la contrefaçon commise par un agent de l'Etat dans le service de la vérification des poids et mesures.

3. Conseil d'Etat, 12 décembre 1884, D. 86. 3. 54.

4. Conseil d'Etat, 23 juin 1882, D. 84. 3. 2 et 9 février 1883 D. 84. 5. 151.

5. Conseil d'Etat, 5 février 1892, D. 93. 3. 66.

currence à un chemin de fer déjà concédé (1), ou même inversement, l'absence de mesures de police entraînant une certaine insécurité (2), sont des actes d'autorité qui n'impliquent pour l'Etat aucune responsabilité ;

2° Quand il s'agit d'actes de gestion, il faut distinguer entre la gestion du domaine privé et celle des services publics.

La jurisprudence accordant à l'Etat le droit de gérer patrimoniallement son domaine, lui reconnaît, par là-même, la faculté d'avoir des préposés, bailleurs de services. « Tels seraient, dit M. Laferrière (3), le régisseur d'un domaine particulier de l'Etat, l'architecte ou l'ingénieur n'exécutant que des travaux qui n'auraient pas le caractère de travaux publics, l'administrateur de biens ne dépendant pas d'une succession en deshérence. » Quand les fonctionnaires commettent dans leur gestion des actes abusifs préjudiciables aux tiers, l'Etat est responsable, comme un propriétaire l'est de son employé. C'est donc là une responsabilité de droit commun ; « l'action peut se fonder non seulement sur l'article 1382 du Code Civil, mais encore sur l'article 1384 qui prévoit le fait des préposés, et sur les articles 1384-1386 qui prévoient l'accident causé par les animaux ou la chute des édifices » (4). C'est la thèse acceptée par tous les arrêts (5).

Mais dans la gestion des services publics, l'administration a toujours prétendu user d'un droit discrétionnaire et

1. Conseil d'Etat, 13 janvier 1893, Lebon, p. 21.

2. Conseil d'Etat, 5 mars 1880, S. 81. 3. 64 ; 13 janvier 1899, S. 1900. 3. 1. Note de M. Hauriou.

3. LAFERRIÈRE : *Juridiction administrative*, I, p. 684.

4. LAFERRIÈRE : *Juridiction administrative*, II, p. 191.

5. Conflits, 30 mai 1874, D. 85. 3. 110 ; Seine, 24 mai 1889, *Gaz. Palais*, 89. 1. 463 ; Conflits, 24 novembre 1894, *Revue générale d'administration*, 95, 1. 56.

incontrôlable, non seulement à l'égard de ses propres agents — nous le verrons à propos de la révocation —, mais encore dans les relations de ces agents avec les tiers. Contrariée autrefois par la jurisprudence civile, cette prétention a été approuvée par les arrêts du Conseil d'Etat et sanctionnée par le tribunal des Conflits. Tous les arrêts de ce dernier tribunal, relatifs à ce que la jurisprudence appelle actes de gestion des services publics, portent « que la responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes à son service dans l'accomplissement de leurs fonctions publiques..., n'est *ni générale ni absolue, qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés....* » (1).

Ce pouvoir arbitraire qu'a l'Etat de se soustraire à la responsabilité des actes de ses agents serait motivé par ces faits que les actes de l'Etat sont faits dans un intérêt général et par suite que tous doivent s'attendre à en supporter les risques ; que l'Etat est obligé de les accomplir, alors que la responsabilité ne peut résulter que d'actes volontaires ; enfin que le nombre des services auxquels l'Etat doit pourvoir et le nombre croissant de ses fonctionnaires rendraient trop lourde, pour les contribuables, l'application d'une responsabilité générale et absolue. Il faut donc distinguer selon les services et voir ceux dans lesquels les conditions de la nomination et de l'avancement des agents, malgré qu'elles soient déterminés par les lois et règlements laissent

1. Tels sont, mot pour mot, les termes que répètent successivement les arrêts du Tribunal des conflits depuis 25 ans : 29 mai 1875, 31 juillet 1875, 20 décembre 1884, 15 février 1890, et qu'avaient déjà employés les arrêts du Conseil d'Etat du 6 décembre 1855 et du 20 février 1858, D. 59. 3. 34-35.

cependant assez d'autorité à l'administration sur ses fonctionnaires pour qu'elle puisse répondre de leurs fautes (1). Ainsi, cette responsabilité est toute relative et varie avec les lois et règlements spéciaux à chaque service, suivant leurs besoins, suivant aussi la nature des emplois.

L'Etat s'est vu soumis à cette responsabilité pour les accidents causés par des ouvriers des manufactures de tabacs (2), et des arsenaux (3), des éclusiers (4), des officiers de port (5), des officiers de marine (6), des officiers ou soldats de l'armée de terre en service commandé (7), des officiers d'administration militaire égarant des dossiers (8), des agents forestiers (9), le chef de service de l'Exposition universelle (10). etc.

La jurisprudence a encore rendu l'Etat responsable des fautes d'un proviseur de lycée (11), d'un agent du trésor dans

1. SOURDAT : *Traité de la Responsabilité*, p. 510-511.

2. Conseil d'Etat, 8 mai 74, D. 75. 3. 54, aff. *Blanco*.

3. Conseil d'Etat, 4 avril 79, D. 79. 3. 54 ; Conseil d'Etat, 7 juillet 93, Lebon, p. 561 ; Conseil d'Etat, 9 mars 77, Lebon, p. 261.

4. Conseil d'Etat, 6 janvier 82, D. 83. 3. 43.

5. Conseil d'Etat, 6 mai 81, D. 82. 3. 106, Lebon, p. 469 ; 21 juillet 82, Lebon, p. 705 ; 27 juin 90, Lebon, p. 620.

6. Conseil d'Etat, 16 janvier 75, Lebon, p. 40 ; Conseil d'Etat, 7 juillet 82, Lebon, p. 467 ; Conseil d'Etat, 4 août 82, Lebon, p. 753 ; Conseil d'Etat, 2 mars 83, Lebon, p. 235 ; Conseil d'Etat, 11 mai 83, Lebon, p. 449.

7. Conseil d'Etat, 21 mai 1879, Lebon, p. 241 ; 4 avril 1879, Lebon, p. 283 ; 27 juillet 1883, Lebon, p. 698 ; Conflits, 8 février 1893, Lebon, p. 155.

8. Conseil d'Etat, 20 juin 1884, Lebon, p. 489.

9. Conflits, 10 mai 1890, *Revue générale d'administration*, 1890, II, p. 431.

10. Conseil d'Etat, 24 avril 1885, D. 86. 3. 130 ; Conflits, 4 août 1891 (motifs), S. 93. 3. 113.

11. Conseil d'Etat, 21 février 1879, Lebon, p. 162 (implicitement).

la vérification d'un bon du trésor (1) etc., et dans tous les cas où un texte spécial établit cette responsabilité. Encore, dans ces cas, l'Etat n'accepte-t-il la responsabilité que s'il s'agit de fautes de service, c'est-à-dire de fautes inhérentes au fonctionnement du service et qu'un employé, même vigilant, pourrait commettre.

La jurisprudence a, au contraire, soustrait l'Etat à la responsabilité pour les fautes d'un chancelier d'ambassade ne faisant pas en temps utile des significations (2), d'un consul dans une répartition de fonds provenant de la vente d'un navire ou d'une société en faillite (3) ; ce sont là cependant des fautes de gestion.

Nous avons déjà critiqué les distinctions que fait la jurisprudence relativement aux actes des fonctionnaires, en actes de gestion privée, actes de gestion des services publics, actes d'autorité, et montré qu'elle devait rationnellement se ramener à une division bipartite en actes de gestion et actes d'autorité. Nous trouvons ici une des graves conséquences de cette erreur de la jurisprudence : elle aboutit à créer une série d'actes auxquels elle n'ose appliquer ni le principe de l'irresponsabilité, ni celui de la responsabilité.

Cette jurisprudence n'a ainsi aucun fondement solide, aucun principe directeur. « Ecarter les articles 1382 à 1386, c'est, en réalité, dit M. Michoud, renoncer au seul point d'appui solide que l'on puisse trouver dans notre législation, pour établir la responsabilité de l'Etat (4). » On en est réduit à la fonder, non plus sur un texte, non en vertu d'une règle de droit, mais uniquement sur une idée générale de justice et d'équité qui serait le fondement même des

1. Conseil d'Etat, 19 mars 1880, Lebon, p. 317 ; 12 juin 1882, D. 84. 3. 9.

2. Conseil d'Etat, 8 janvier 75, S. 76. 2. 277.

3. Conseil d'Etat, 2 novembre 88, S. 90. 3. 58.

4. MICHOD : *loc. cit.* (*Rev. dr. Public.*, 1895, II, p. 14).

articles 1382 et suivants. C'est en effet l'opinion exprimée par M. Laferrière qui a collaboré à l'établissement de cette jurisprudence (1).

Mais cette idée générale est, par elle-même, imprécise ; les arrêts qui l'appliquent ne la formulent pas d'une façon qui permette d'en faire une règle de droit ; c'est, croyons nous, un recul et non un progrès, lequel consisterait, au contraire, à soumettre toutes les relations des individus et des groupes à des règles de plus en plus précises (2).

Cette idée générale se prête ainsi trop commodément à toutes les solutions. On peut en faire sortir toutes les exceptions possibles à l'application de la responsabilité. On se garde même de poser en règle absolue cette idée d'équité, « Les besoins et nécessités de chaque service » permettant d'y déroger. A une première formule qui entr'ouvrait les portes à l'arbitraire, on en substitue une seconde qui les lui ouvre toutes grandes. « Cela revient à dire, selon Sourdat, que la responsabilité de l'Etat n'existe pas, qu'elle ne sera reconnue qu'au gré de l'administration elle-même, sans aucune règle qui la détermine à l'avance » (3).

Un tel état de droit n'apporte au citoyen aucune garantie contre les actes abusifs des fonctionnaires de tous les services publics. C'est faire reculer de plusieurs siècles les progrès du droit qui consistent, au contraire, à apporter

1. LAFERRIÈRE : *op. cit.*, I, 679 « Il ne serait pas *juste* en effet que les particuliers, lésés par les fautes ou les erreurs des fonctionnaires, restent victimes d'accidents dont un service public est la cause ou tout au moins l'occasion, et il est conforme à l'*équité* que la responsabilité de l'Etat se substitue ou s'ajoute dans certains cas à celle des fonctionnaires. »

2. M. LARNAUDE : *Préface* de la traduction française du *Droit public allemand* de LABAND, Paris, 1900 et *Revue du droit public et de la science politique : Notre programme*, 1894, n° 1, p. 3.

3. SOURDAT : *Traité de la responsabilité*, 4^e éd., II, p. 458.

chaque jour des garanties nouvelles à l'exercice normal des facultés des citoyens, et à obtenir les réparations de tous les intérêts lésés. L'idée d'équité, négative du progrès qui consiste à soustraire la sanction des droits à l'arbitraire, ne peut se substituer à un texte positif qu'on ne trouve en dehors des lois spéciales que dans le droit commun.

Pour nous, il nous est facile d'échapper à ces critiques.

Nous avons démontré que l'Etat est à la fois une personne publique et une personne morale (1), que les actes de la première étaient des actes de commandement et ceux de la seconde des actes de gestion de droit commun (2), et qu'il n'y avait pas d'opération administrative qui ne puisse être analysée de telle manière que ses différents actes rentrent tous dans l'une ou l'autre de ces catégories (3).

Or, d'une part, les actes de puissance publique ne peuvent engendrer de responsabilité. On l'admet généralement aujourd'hui (4). Ils constituent en effet l'exercice d'un droit absolu, celui de souveraineté. Ils appartiennent au droit public dans lequel on ne peut trouver aucune base pour la responsabilité. Ils ne se traduisent pas par un accroissement de patrimoine au profit de l'Etat. Enfin, ils sont l'œuvre de la puissance publique qui, n'étant pas personnifiée, ne peut commettre une faute ou être soumise à une obligation. Il est vrai qu'en analysant cette action, on peut penser que la poursuite peut être dirigée contre le fonctionnaire qui exerce la souveraineté : mais celui-ci n'a fait

1. Voir ci-dessus, p. 400 et s.

2. *Id.*, p. 430 et s.

3. *Id.*

4. BERTHÉLEMY : *Droit administratif*, p. 49. « Il est curieux que cette règle soulève des protestations quand elle trouve son application à l'occasion des actes des administrateurs et qu'elle n'en soulève pas quand il s'agit des actes de justice. » Voir cependant M. Hauriou, note S. 1900. 3. 2.

qu'obéir à un ordre spécial ou général dont l'auteur est par conséquent responsable. Si on veut remonter plus haut jusqu'à l'origine du pouvoir, cause de l'abus, il faut aller jusqu'au citoyen titulaire même du droit de souveraineté, coupable de la faute par un mauvais choix ou par un ordre illégal. Il y aurait bien là une responsabilité individuelle, mais impossible à appliquer ; il n'y aura jamais de responsabilité collective de la puissance publique (1).

Ainsi, les faits de guerre (2), de tutelle administrative (3), les saisies mal fondées, opérées par des agents des contributions directes (4), les arrêtés des ministres, des préfets, des gouverneurs de colonies et en général tous les actes de police même entachés d'excès de pouvoir, reconnus par le Conseil d'Etat, ne font encourir à l'Etat aucune responsabilité (5). Il semble que l'équité soit violée par ce fait qu'on fait supporter par un seul, celui dont l'intérêt est lésé, la faute qui en réalité a été commise par tous, et que l'égalité des droits soit ainsi rompue.

Aussi, à ce principe rigoureusement exact, de l'irresponsabilité de l'Etat, les principes généraux du droit et des textes spéciaux permettent d'apporter des atténuations.

On a dit que les citoyens, par le fait qu'ils sont membres d'un Etat, contractent comme une sorte d'assurance mu-

1. Même avec la théorie de la personnalité fictive, les Romanistes aboutissent à la même conclusion, car la fiction ne peut non plus commettre de faute (SAVIGNY : *Syst. de droit romain*, trad. Gueunoux, § 94, 95. Cf. MESTRE : *De la responsabilité des personnes morales*).

2. Conseil d'Etat, 11 mai 1854, D. 54. 3. 60 ; 18 août 1857, D. 88. 3. 36 ; 9 mai, 6 juin et 8 août 1873, D. 74. 3. 9.

3. Conseil d'Etat, 15 mai 1856, D. 87. 3. 20.

4. Cass , 30 décembre 73, D. 74. 1. 379 ; Conflits, 29 mai 75, D. 76. 3. 46.

5. Conseil d'Etat, 13 janvier 99, S. 1900. 3. 1 ; *Contra* : HAURIOU, en note.

tuelle (1), qui les met en demeure de réparer l'inégalité de droit ou les dommages résultant de cas de force majeure dont l'existence de la société est la cause. C'est ce qui se produit dans tous les cas où un enrichissement indu profite à la collectivité aux dépens d'un citoyen, comme en cas d'expropriation. C'est encore ce qui arrive quand le fonctionnement normal de la puissance publique, par suite de vices inhérents à son exercice, cause de graves préjudices à un citoyen : comme dans le cas d'erreur judiciaire. Pour rétablir l'égalité de droit, cette assurance mutuelle fonctionne contre l'accident administratif.

Ainsi, de même qu'en droit civil l'enrichissement indu soumet celui qui en est l'objet à une répétition de la part de celui qui en souffre, de même, en droit public, tout acte de l'autorité fait dans l'intérêt pécuniaire de l'Etat, personne morale, oblige celui-ci à une réparation pécuniaire quand il ne peut y avoir annulation. Par exemple, l'Etat a fermé des fabriques d'allumettes, comme établissements dangereux, incommodes ou insalubres pour la réalisation de son monopole de production ; il s'est vu condamné à payer une juste indemnité.

Il en est de même quand l'acte de puissance publique constitue la violation d'un contrat passé avec l'Etat, personne morale, ce qui a lieu quand l'adjudicataire d'un droit de pêche a subi un dommage par suite de l'autorisation donnée à une ville de déverser ses égouts dans une rivière (2).

Le principe de l'indemnité est même une règle absolue pour les suppressions d'offices ministériels.

Des textes positifs imposent parfois à l'Etat l'obligation

1. C'est la théorie de M. HAURIOU, *l. c.*

2. Paris : 1^{er} mai 1891, *Gaz. Pal.*, 91. 1. 775.

de réparer les dommages causés par des actes de puissance publique.

Telles sont les lois du 1^{er} germinal an XIII (1) et du 22 août 1791 (2), pour les actes d'autorité accomplis dans la perception des douanes et des contributions indirectes ; les textes généraux sur les travaux publics, les expropriations et occupations temporaires et surtout la loi du 8 juin 1895 sur l'indemnité à payer aux victimes d'une erreur judiciaire. Ainsi est atténuée la rigueur du principe de l'irresponsabilité de la puissance publique.

D'autre part, nous avons vu que l'Etat, personne morale, fait des actes de gestion, et que les actes de gestion ne peuvent être que l'œuvre de la personne morale de l'Etat, dont les manifestations ne sortent pas du domaine du droit commun. Donc, en dehors des textes qui soustraient cette personne juridique à la responsabilité, nous devons lui appliquer le droit commun, c'est-à-dire les articles 1382 ou 1384 du Code civil.

Les Romanistes ont objecté que la personne morale de l'Etat, n'étant qu'une fiction, n'était pas douée de volonté et, par conséquent, n'avait pas la capacité de commettre la faute de l'article 1382, œuvre d'une volonté.

Eût-il même cette volonté, l'être fictif, créé par la loi civile dans un but déterminé, ne peut commettre des actes illicites, parce que ceux-ci sortiraient de sa destination spéciale, de sa norme juridique, et il n'agirait plus alors comme personne morale.

Il n'y aurait donc de responsabilité que pour le fonctionnaire représentant la personne morale incapable de commettre une faute, car seul, il a une volonté personnelle. Et en effet, si haut que l'on remonte dans la hiérarchie adminis-

1. Article 29.

2. T. XI, art. 1. 2. 3.

trative, on trouvera toujours dans la faute l'œuvre d'une volonté individuelle, et par suite une responsabilité personnelle (1).

D'autre part, cet agent, qui a commis la faute, ne doit pas lui-même engager la responsabilité subsidiaire de l'Etat en vertu de l'article 1384, car on peut prétendre que son droit de représentation ne comprend pas le pouvoir de commettre des fautes, que, dès qu'il fait un acte illicite, il sort de son mandat, et par suite ne fait plus qu'un acte personnel qui engage seulement sa responsabilité propre (2), aléatoire d'ailleurs, s'il n'est pas solvable.

Ainsi, on ne pourrait appliquer à l'Etat ni la responsabilité directe de l'article 1382, ni la responsabilité indirecte de l'article 1384; on conclut donc à l'irresponsabilité absolue.

Nous avons en effet admis nous-même que l'Etat, personne morale, n'avait pas une volonté naturelle parce qu'il n'est pas, comme le dit Gierke (3), « un être réel doué de la capacité naturelle de vouloir et d'agir ». Mais nous avons montré que la base de la personnalité morale était à la fois l'intérêt et la volonté puisque, sans volonté, les droits qui découlent de la personnalité n'entreraient pas en exercice, un droit n'étant qu'une volition protégée par la loi. Quand nous disons que la personne morale a une volonté, nous n'exprimons par là qu'une notion toute juridique qui, au

1. MERLIN : *Questions de droit*. v. *Responsabilité des communes*, SAVIGNY : *Syst. de droit romain*, Trad. Guénoux, § 94-95.

2. Ainsi LÖNING repousse même la responsabilité contractuelle, parce que, le mandat ayant été dépassé, l'Etat peut ou non accepter l'obligation (*Die Haftung des staats aus rechtswidrigen Handlungen seinen Beamten*, p. 58 et s.).

3. GIERKE : *Die Genossenschafts theorie*, p. 5. Pour Gierke, la responsabilité de l'Etat ne saurait être qu'une responsabilité directe, car pour lui tous les agents sont des organes de l'Etat, p. 28.

sens de Jellinek (1), ne signifie qu'une chose : la capacité d'être sujet de droit. Du moment que cette volonté est exprimée, fût-ce par des organes qui ont aussi leur personnalité propre, nous devons, en droit, lui attribuer les actes qui sont faits en son nom ; la volonté de fait devient volonté de droit (2) avec ses prérogatives et ses obligations. Cette volonté qui devient propriétaire, créancière ou débitrice, a ses éléments réels dans les volontés de ses agents qui ont l'initiative des décisions, et son élément légal dans la loi qui reconnaît ces éléments réels comme les organes de la personne morale, les régularise, et sanctionne leurs actes pour leur faire produire des effets de droit. C'est ce que M. Michoud appelle fort justement « la volonté légale de l'Etat » (3).

Cette volonté est d'autre part capable de faute. On dit qu'elle sortirait de sa norme juridique en faisant un acte illicite ; ce n'est pas exact, car le domaine juridique de cette personnalité est évidemment un but licite ; mais en cherchant à l'atteindre, elle peut employer des moyens illicites. La loi ne lui a déterminé que le but à rechercher, il n'y a que ce but qui lui est spécial, elle demeure dans le droit commun pour les moyens qu'elle emploie et qui peuvent constituer des fautes, engendrant ainsi pour elle la responsabilité de l'article 1382.

Quant au fonctionnaire lui-même, il peut fort bien engager la responsabilité de l'Etat en vertu de l'art. 1384 pour ce même motif que la loi n'a pas déterminé les moyens à employer

1. JELLINEK : *System*, p. 13 et s.

2. Cf. COMBOTHÉCRA : *L'Etat en tant que société* (*Revue générale du droit* 1893, p. 585).

3. M. MICHOD : *article cité* (*Revue du droit public et de la science politique*, 1895, I, p. 415 et s.)

pour réaliser le but de la personne morale (1) et par suite il ne dépasse pas toujours son mandat quand il emploie des moyens mauvais qui constituent des actes dommageables.

Même en dehors de la théorie de la faute, dans la conception de la personnalité purement fictive, on peut établir sur une base juridique la responsabilité de l'Etat, il suffit de faire jouer l'obligation de garantie.

En effet, cette obligation rend l'Etat responsable de l'inexécution des contrats passés par ses agents.

Même en dehors des contrats, cette obligation de garantie le rend responsable de leurs délits, du moins civilement, ce qui nous suffit.

Enfin on peut encore aboutir à une responsabilité de l'Etat par la voie du quasi-délit, l'article 1384 du Code civil rendant le maître responsable du fait de ses agents, indépendamment de toute faute de sa part (2).

Cette responsabilité est générale et presque illimitée, car il n'y a pas pour l'Etat, comme pour d'autres personnes morales, des limites étroites à l'exercice de sa gestion.

Il y a donc un fondement juridique à la responsabilité de l'Etat, personne morale, et ce n'est pas seulement sur des considérations d'utilité pratique, comme le déclare l'exposé des motifs du Code civil allemand (3), qu'est fondée cette obligation.

Le droit commun applique ainsi aux fonctionnaires de gestion la responsabilité qui correspond à leur caractère juridique.

Les agents qui ont le pouvoir de représenter l'Etat en

1. MEUCCI : *Della responsabilità indiretta delle amministrazione Giuridiche*.

2. VOIR SALEILLES : *Théorie de l'obligation d'après le Code civil allemand*, 361 et s. et la citation.

3. Tome I, p. 102-103 commentant l'article 46 du Code civil,

passant pour lui des actes juridiques et, par conséquent, sont ses mandataires, lui font encourir la responsabilité de l'article 1998 « pour les actes accomplis dans les limites de leurs pouvoirs déterminés par les lois et règlements ». Ainsi un vice consul engage la responsabilité de l'Etat quand il opère le dépôt d'un dossier et qu'il est contraint de le faire (1).

Les agents qui ont, au contraire, le droit de prendre une décision en leur nom propre et de donner des ordres dans la limite de leurs compétences respectives sont des organes de l'Etat, leur acte est un acte de l'Etat et leur faute est une faute de la personne morale elle-même qui, par suite, est soumise à la responsabilité directe de l'article 1382 (2). Il en est ainsi même quand la personne morale n'a pas choisi son représentant : les communes étaient responsables directement des actes de leurs maires, même quand ceux-ci étaient nommés par le gouvernement.

Enfin les agents qui ne sont que des préposés, c'est-à-dire tous les auxiliaires employés dans la gestion des services publics, agents de préparation ou d'exécution, employés de bureaux ou ouvriers des manufactures, font encourir à l'Etat la responsabilité indirecte de l'article 1384 (3).

Cette responsabilité dont les préposés sont la cause est bien différente de celle que font encourir les organes.

Elle n'est d'abord que subsidiaire, bien qu'en pratique on attaque toujours directement l'Etat.

1. C. d'Etat, 1^{er} juin 1854. D. 54. 3, 83. (implicite) M. Laferrière appliquerait même volontiers la responsabilité de l'article 1998 bien plutôt que celle de l'a. 1384. LAFERRIÈRE : *op. cit.*, I, p. 678.

2. Cass., 15 janvier 72. D. 72. 1. 165 ; Cass. 28 novembre 76. D. 77. 1. 66 ; Cass. 6 août 84. D. 85. 1. 110 ; Cass. 22 juin 92. D. 92. 1. 449.

3. BAUDRY et WAHL : *Du louage*, II, p. 1284 et s. ; BRÉMOND : *Revue critique*, 1894, p. 326.

Mais comme la responsabilité du commettant repose sur le droit de choisir ses préposés et de leur commander, l'Etat pourrait se libérer de son obligation en prouvant qu'il n'a pas fait ce choix ou pu donner des ordres (1). Ainsi, en cas de guerre, l'Etat envahi ne serait pas responsable des actes de préposés nommés par les troupes ennemies.

Enfin l'organe qui choisit un préposé rend l'Etat responsable des actes de ce dernier, car il est, son propre préposé ; l'Etat au contraire, n'est pas responsable des actes du préposé de son préposé.

La jurisprudence a ainsi appliqué à l'Etat l'article 1384 pour des imprudences, négligences, actes illégaux, malversations d'agents de douane (2), des contributions indirectes (3), des employés du trésor public ayant payé irrégulièrement des rentes (4) ou soustrait des inscriptions de rentes (5) ; elle l'a encore appliqué pour les fautes des officiers de port (6), des éclusiers (7), et en général pour tous les accidents causés par les ouvriers des manufactures de l'Etat (8) ou des travaux en régie (9), etc.

1. Voir note précédente.

2. Grenoble : 13 mars 1834. D. 34. 2. 197.

3. Cass. : 30 janvier 1883. D. 83. 1. 55 ; — 11 décembre 1891. D. 32. 1. 10 ; — 22 janvier 1835. D. 35. 1. 70. — 15 juin 1872. D. 72. 1. 205. 5. 73. 1. 45 ; — 14 août 1877. S. 78. 1. 109.

4. Seine : 20 juin 1833. D. 34. 2. 90.

5. Paris : 25 janvier 1833. D. 33. 2. 87 ; — Paris, 3 mars 1834. D. 34. 2. 96 ; — Cass. 29 février 1836. D. 36. 1. 131.

6. Conseil d'Etat : 6 mai 1881, D. 82. 3. 106 et Lebon. p. 705 ; 27 juin 1890, Lebon, p. 620.

7. Conseil d'Etat : 6 janvier 1882. D. 82. 3. 43.

8. Conseil d'Etat : 4 avril 1879. D. 79 3. 54 ; 8 mai 1874, D. 75. 3. 54 ; 7 juillet 1893, Lebon, p. 651 ; 11 mars 1881. D. 82. 3. 33 ; 9 mars 1877, Lebon, p. 261.

9. Conseil d'Etat : 25 février 1881. D. 82. 3. 83 et 27 juillet 1883. D. 85. 3. 28, Limoges : 25 juin 1890. D. 92. 2. 570 et Conseil d'Etat. 24 juin 1892. D. 92. 3. 89. v. f.

On le voit, malgré un point de départ différent, et qui n'a rien de juridique, le Conseil d'Etat est conduit, par son principe d'équité, à rendre des décisions identiques aux solutions que donne la jurisprudence civile en se basant sur l'article 1384. Le Conseil d'Etat est en effet obligé d'appliquer la responsabilité du maître de l'affaire ; pourquoi ne pas mettre le fait d'accord avec le droit et accepter un principe juridique bien défini (1).

De nombreuses lois particulières ont même limité ou précisé cette responsabilité de l'article 1384, prouvant par là qu'elles en acceptent le principe. Ainsi pour les Postes, les lois du 24 juillet 1793 (article 37) ; du 5 nivôse an V (article 14 et 15) ; du 4 juillet 1859 (article 3) ; du 25 janvier 1873 (article 4) ; pour les Télégraphes, les lois du 29 novembre 1850, du 4 juillet 1868, le décret du 27 mai 1870 ; pour les Chemins de fer, la loi du 15 juillet 1845 (article 22) (2) ; pour les Travaux publics, la loi du 28 pluviôse an VIII (article 4) et celle du 16 septembre 1807 (article 48 et s.) ; pour les contributions indirectes la loi du 22 août 1791 (article 19, titre XIII) (3) et celle du 9 floréal an VII (article 16, titre IV) ont admis la responsabilité de droit

1. « L'Etat, dit M. BRÉMOND, est un mandant, l'entrepreneur est son mandataire et le mandant doit, vis-à-vis des tiers, répondre des fautes de son mandataire sauf à recourir ensuite contre lui ».

2. (*Revue critique*, 1894, p. 329).

2. « Les concessionnaires fermiers d'un chemin de fer seront responsables des dommages causés par les administrateurs, directeurs ou agents employés à un titre quelconque au service de l'exploitation du chemin de fer. *L'Etat sera soumis à la même responsabilité envers les particuliers si le chemin de fer est exploité à ses frais et pour son compte* ».

3. « *La régie est responsable des fautes de ses préposés dans l'exercice de leurs fonctions seulement, sauf recours contre eux ou leur caution* ».

privé. C'est que dans tous ces cas il n'y a pas d'exercice de la puissance publique ; il n'y a que des actes de gestion de droit privé.

Les partisans de la jurisprudence actuelle ont cependant élevé de vives objections contre l'application des règles de droit privé à la responsabilité de l'Etat dans la gestion des services publics (1).

On oppose d'abord à notre théorie les termes de l'article 1382, qui établit la responsabilité, de « *tout fait quelconque de l'homme* » quand il est dommageable. L'article 1384 ne pouvant être séparé de l'article 1382 puisqu'il en est le développement, il s'ensuit que les deux articles sur lesquels on base la responsabilité de droit privé, ne visent que des rapports d'homme à homme, de particulier à particulier et non d'Etat à fonctionnaire ou à citoyen (2).

C'est oublier que la loi ne statue souvent que sur le cas le plus général, c'est-à-dire sur le fait de l'individu, mais cela n'exclut pas l'application de ces règles au fait d'une personne collective qui agit en toute circonstance comme un individu. Est-ce qu'on refuse d'appliquer les articles 1382 et 1384 aux personnes morales autres que l'Etat ? (3).

1. Nous remarquons que malgré qu'il repousse la distinction des deux principes de responsabilité, l'un de droit public, l'autre de droit privé dans la question des services publics M. Laferrière admet les deux termes de notre alternative : l'irresponsabilité de la puissance publique et la responsabilité de la gestion domaniale ; mais pour l'auteur il existe une catégorie d'actes intermédiaires qui engendrent une responsabilité facultative : c'est que le pouvoir de l'Etat s'échelonne depuis une souveraineté absolue jusqu'à de simples actes de gestion (*op. cit.*, II, p. 183) et que la responsabilité doit être en raison inverse de la puissance dont l'administration est investie (*op. cit.* II, p. 185).

2. LAFERRIÈRE : *op. cit.*, I, p. 677.

3. Cependant l'argument aurait la même valeur à leur égard.

On ne trouve rien, dit-on (1) dans les travaux préparatoires, qui permette cette application et M. Laferrière pense que « si les rédacteurs du Code civil avaient entendu soumettre l'Etat aux règles des articles 1382 et 1384, il est probable qu'ils auraient employé pour exprimer cette idée d'autres expressions que celles d'homme, de commettant, de préposé ». Tout au moins se seraient-ils expliqués sur leur compréhension.

Mais ces expressions de commettant et préposé s'appliquent parfaitement à l'Etat : ainsi l'article 19, titre XIII, loi du 22 août 1791, déclare que « la régie est responsable des fautes de ses *préposés*... », et si on admet pour l'Etat des rapports de mandant à mandataire (2), on ne peut faire de difficultés pour accepter celui de commettant à préposé.

En effet la préposition n'est pas même un contrat particulier, mais une situation vis-à-vis des tiers, résultant de ce fait, que le préposé est chargé par le commettant de diriger ou d'exécuter certains travaux ; le commettant est responsable du préposé parce qu'il l'a choisi et lui donne des ordres. Mais ce contrat peut revêtir la forme d'un louage de services, d'un louage d'ouvrage, d'un mandat. Il peut même ne pas revêtir du tout la forme d'un contrat : c'est le cas de l'acte par lequel un père de famille place son fils ou sa femme à la tête d'une partie de son exploitation industrielle ou agricole (3).

Voir AUBRY ET RAU : *Droit civil* § 447, texte et note 16 ; MEUCCI : *Instit.* ; I, p. 320 et s. ; p. 346 et s. ; STOBBE : *Handbuch des deutschen Privatrechts*, III, 399 ; WINDSCHEID : *op. cit.* § 470 et § 765 ; DERNBURG : *Preussisches Privatrecht*, I, § 53.

1. LAFERRIÈRE : *op. cit.*, I, p. 677.

2. LAFERRIÈRE : *op. cit.*, I, p. 678.

3. M. MICHOUX, *loc. cit.*, 1895, II, 19 et s.

On ajoute que la loi n'a formulé expressément les cas de responsabilité de droit privé que nous avons examinés que parce qu'elle entend en exclure l'application dans les autres circonstances.

Mais la cause de ces déclarations expresses est légitime : c'est précisément parce que les cas cités ne tombaient pas de plein droit dans la règle commune qu'un texte a été nécessaire (1). On cite l'article 538 du Code civil ; mais cet article crée précisément des exceptions au droit commun de propriété quand c'est l'Etat qui en est titulaire. De même l'article 650 renvoie à des règlements particuliers pour les servitudes d'utilité publique. Ces articles, loin d'être une preuve de l'impossibilité d'appliquer le droit privé à l'Etat montrent, au contraire, par leurs dispositions expresses et déroatoires que le droit commun est applicable à l'Etat.

Sans doute en 1804 le caractère administratif de la responsabilité de l'Etat était consacré d'une manière absolue ; mais c'est qu'on envisageait dans leur ensemble les opérations administratives qui semblaient alors des opérations de puissance publique. En analysant ces opérations, la jurisprudence a créé elle-même la théorie des actes de gestion qui, grâce à la large compréhension du législateur de 1804, ont été soumis rationnellement aux règles du droit privé (2).

On objecte encore que la responsabilité du commettant est fondée sur une *culpa in eligendo* et une *culpa in vigi-*

1. Voir Cass., 22 janvier 1835. D. 35. 1. 70 ; Cass., 15 juin 1872 ; D. 72. 1. 205 ; S. 73. 1. 45.

2. Le législateur a d'ailleurs manifesté son intention sur ce point à propos d'une loi sur la responsabilité de l'Etat dans le service des Postes et Télégraphes, on lit dans le rapport de M. David (séance du 20 avril 1849) : « C'est mal à propos que s'appuyant sur les lois d'un autre temps, l'Etat a prétendu qu'il n'était pas responsable, même quand la soustraction était le fait de ses agents, et que la preuve en était acquise »,

lando (1); or l'Etat n'est pas un commettant ordinaire. En effet en premier lieu « les personnes privées choisissent librement leurs auxiliaires; l'Etat au contraire ne peut connaître tous les siens; leur admission et leur avancement dépendent souvent des concours et de l'ancienneté » quelques-uns sont même à peu près inamovibles. En second lieu « les commettants ordinaires peuvent surveiller tous les actes de leurs préposés, tandis que l'Etat est obligé de procéder par voie de règlements et d'instructions générales ayant pour sanction des peines disciplinaires. Il ne peut attacher d'inspecteurs à tous ses services, et d'ailleurs, par qui les inspecteurs seraient-ils eux-mêmes inspectés (2) ? Mais n'en est-il pas de même dans toute grande société privée. Est-ce que les directeurs d'une compagnie de chemin de fer connaissent tous leurs employés ? Est-ce qu'ils sont eux-mêmes surveillés par une autorité supérieure ? Est-ce que l'avancement des employés n'est pas déterminé d'après les règles d'administration intérieure ? Et cependant quelqu'un a-t-il jamais osé prétendre qu'une compagnie de chemin de fer n'était pas responsable des accidents causés par un mécanicien imprudent ? Les difficultés signalées sont inhérentes à toute administration d'une grande personne morale mais n'ont jamais exclu sa responsabilité de droit commun.

Il est donc permis d'appliquer à l'Etat la responsabilité de l'article 1384; la jurisprudence (3) et M. Laferrière (4) le reconnaissent, puisqu'ils admettent bien que

1. LAFERRIÈRE : *op. cit.*, I, 679.

2. FROMAGEOT : *op. cit.*, p. 150; CHIRONI : *Colpa extra contrattuale*, I, p. 353, n. 231 : Douai, 14 mars 1879. D. 80. 2. 43; Alger, 29 mai 1879. D. 81. 2. 63.

3. LAFERRIÈRE : *op. cit.*, II, p. 191.

4. Conflits, 30 mai 1884; D. 85, 3, 110; 24 novembre 1894; *Revue générale d'administration*, 95, I. p. 56.

les actes de gestion du domaine privé y sont soumis. C'est donc que l'on ne peut faire à cette responsabilité d'objection de principe ; cette simple constatation suffirait (1).

La théorie qui distingue entre les actes des fonctionnaires de gestion, et ceux des fonctionnaires d'autorité, rend l'Etat responsable des premiers et non des seconds a pour elle la plus grande partie des jurisprudences étrangères.

Telle est notamment la solution de la jurisprudence allemande (2) qui applique le droit civil aux administrations du domaine et des services publics et le principe de l'irresponsabilité aux agents de la puissance publique (3), malgré sa tendance marquée à civiliser tout le droit administratif.

C'est encore le principe admis en Italie, où la jurisprudence applique toujours à l'Etat la responsabilité du commettant pour les fonctionnaires de gestion. En effet la jurisprudence italienne a donné un nom spécial à cet accord entre le commettant et la personne dont il répond c'est le contrat de « commission » (4) qui impose à l'Etat commettant, la responsabilité indirecte des fautes de ses préposés (5).

1. BERTHÉLÉMY : *Droit administratif*, p. 70.

2. SALEILLES : *op. cit.*, p. 364.

3. FORSTER-ECCIUS : *Preussisches Privatrecht* ; I, § 90, p. 553, 554 et note 33 ; GIERKE : *op. cit.*, p. 788 et s. ; lui-même applique en tous cas l'art. 1982, même en puissance publique ; STOBBE : *Handbuch des deutschen Privatrecht*, III, § 399 ; *Zur Geschichte des deutschen Vertragsrecht*, III, § 201, notes 51-52 ; ROTH : *Bayer. civ. r.*, édit. 1881 ; I, § 37, notes 34 et 37, note 42 ; LÖNING : *Die Haftung*, p. 45, 77 et s., 99 ets. ; 114 et suiv. ; BRINZ : *Pandekten*, § 459, note 28 et les auteurs cités par M. MICHOD : *l. c.* p. 25.

4. *Revue générale d'administration*, 1897, III, p. 357.

5. Palerme, 12 mars 1883 ; S. 84. 4. 7. Cf. : BONASI : *Della responsabilità* ; GIORGI : *La dottrina*, p. 161 et s. p. 165. — Cepen-

En Suisse cette distinction a été généralement affirmée (1); la Belgique, qui n'a pas subi l'influence de notre Tribunal des conflits, a maintenu sa jurisprudence qui est identique à celle qui dominait en France avant 1873 et qui se base sur la distinction de la gestion et de la puissance publique (2).

C'est qu'on fonde ainsi la responsabilité de l'Etat sur une base solide qui répond à une conception universelle de l'Etat.

Le système de la jurisprudence française donne bien, en fait, souvent les solutions identiques à celles qui résulteraient de notre distinction. Mais il n'offre aucun avantage pratique, au contraire, il transforme en questions de fait des espèces que le droit seul devrait résoudre. Cet arbitraire du Conseil d'Etat qui n'a plus les mains liées par la règle de droit, peut devenir d'autant plus dangereux que chaque jour les services de gestion se développent; il faudrait donc en conclure que chaque jour ira s'étendant ce pouvoir arbitraire de l'administration et par suite que les garanties des droits individuels diminueraient avec la marche du temps.

b) *Responsabilité de l'Etat pour fait des tiers préjudiciable à un fonctionnaire.* — Les principes établis dans le paragraphe précédent trouvent encore leur application quand le fonctionnaire n'est plus l'auteur mais la victime du dommage.

dant en Italie, MEUCCI applique la responsabilité indirecte de droit privé même à l'Etat puissance publique. (*Della responsabilità*, p. 341 et s.), tandis que GABBA au contraire applique la responsabilité de droit public même à l'Etat personne morale (*Della responsabilità dello Stato*).

1. Tribunal fédéral, 25 mars 1882; S. 83. 4. 8.

2. Cass. belge : 12 janvier 1893, 94. 2. 270. Cf. ; BELTJENS : *Encyclopédie du Droit civil*, t. III, a. 1384, n. 118 et s., 133, 135 et les arrêts cités.

La puissance publique, par son exercice, ne peut donner normalement lieu à une action en dommages et intérêts. Ainsi un garde-champêtre blessé en arrêtant un délinquant ne peut intenter à la commune dont il était l'agent, une action en indemnité, par ce qu'il est un fonctionnaire d'autorité (1).

Ce principe, si rigoureux qu'il soit, est absolu et ne souffre que des exceptions légales.

Il est tempéré par des règlements administratifs qui accordent aux agents ou à leur famille des compensations pécuniaires, quand ils ont souffert un préjudice exceptionnel. Les officiers voient augmenter leurs retraites pour blessures reçues en campagne ; les veuves des fonctionnaires décédés après un certain temps de service ont droit à une pension proportionnelle. En dehors des cas légaux, l'Etat peut accorder des secours, des subventions, non seulement à l'employé blessé ou ayant subi un préjudice mais encore à sa veuve et à ses orphelins.

Le préjudice a-t-il au contraire été éprouvé par un fonctionnaire de gestion ? Suivant les règles du droit commun, l'Etat en est garant comme un mandant l'est de ses mandataires, ou un patron de ses ouvriers.

Le mandant étant responsable de toutes les suites de la gestion du mandataire prudent (article 2.000), l'Etat devra indemniser du préjudice subi dans l'exercice de ses fonctions, tout employé qui a le droit de le représenter. Cet article a été appliqué par la Cour de Nancy, à tort il est vrai, puisqu'il ne s'agissait pas d'un mandataire, à un garde champêtre blessé en arrêtant un délinquant (2).

1. La Cour de cassation a cassé un arrêt de la cour de Nancy qui pour accorder une indemnité au garde-champêtre avait appliqué la théorie du mandat (a. 2.000), Nancy, 29 avril 1893. S. 93. 2. 120. D. 93. 2. 527.

2. Voir note précédente,

Le patron est obligé de mettre les ouvriers qui se sont confiés à lui en mesure d'échapper à tout accident : l'Etat a la même obligation vis-à-vis de ses préposés (1). Les tribunaux civils (2) et administratifs (3) ont imposé cette responsabilité à l'Etat à propos de dommages subis par des ouvriers des travaux en régie (4) ; il n'y a aucune raison pour la repousser au sujet de dommages subis par tous les fonctionnaires de gestion puisqu'ils sont avec l'Etat dans les mêmes rapports juridiques que ces ouvriers.

c) *Responsabilité de l'Etat à raison de son fait de suspension, déplacement ou révocation de ses agents.* — La jurisprudence actuelle impose la même condition juridique aux fonctionnaires de gestion et aux fonctionnaires d'autorité ; elle donne à l'Etat vis-à-vis des uns et des autres un droit identique ; elle ne le rend pas plus responsable d'une révocation qui porte préjudice à un fonctionnaire de gestion qu'à celle qui lèse les intérêts d'un fonctionnaire d'autorité. L'administration a un pouvoir discrétionnaire absolu : la police des fonctionnaires n'est faite que d'actes de puissance publique qui ne sauraient engendrer aucune responsabilité (5).

Cette jurisprudence n'est établie que depuis 1879.

1. BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL : *Du louage*, n. 1285 et s. — Nous verrons dans le paragraphe suivant si cette responsabilité est délictuelle ou simplement contractuelle.

2. Limoges, 25 juin 1890. D. 92. 2. 570.

3. Conseil d'Etat, 24 juin 1892. D. 93. 3. 89.

4. BRÉMOND ; *Revue critique*, 1894, p. 326. — Les ouvriers n'auraient droit à aucune garantie de l'Etat si les travaux publics étaient exécutés aux risques et périls de l'entrepreneur, à moins qu'il n'y ait eu faute de la part de l'Etat. (Conseil d'Etat : 11 janv. 1889; D. 90. 3. 31).

5. HAURIOU : note. S. 1900. 3. 1 et s. 2^e esp.

Avant cette époque il y avait conflit entre la jurisprudence civile et la jurisprudence administrative. Celle-ci soumettait généralement la condition de tous les fonctionnaires au pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique et se refusait à recevoir des secours contentieux au fond, émanant de fonctionnaires révoqués. Le Conseil d'Etat considérait qu'il appartient « à l'administration sous l'autorité de la loi de régler les conditions des services publics dont elle est chargée d'assurer le cours ; il lui appartient de déterminer les rapports qui s'établissent à propos de ces services entre l'Etat et les nombreux agents qu'il emploie... et dès lors de connaître et d'apprécier le caractère et l'étendue des droits et obligations réciproques qui en doivent naître » (1).

Ce principe du pouvoir discrétionnaire établi à propos de la responsabilité de l'Etat vis-à-vis de tiers était aussi appliqué à la responsabilité vis-à-vis des agents.

Mais, le Conseil d'Etat ne l'appliquait qu'aux fonctionnaires d'autorité (2), laissant en dehors de cette catégorie un certain nombre d'employés, auxiliaires des grandes administrations, employés communaux, etc (3).

Les Tribunaux civils, au contraire, reconnaissaient à l'administration un pouvoir absolu sans autre contrôle que celui de la légalité vis-à-vis de ses fonctionnaires d'autorité, mais ils recevaient les demandes d'indemnités portées devant eux par des fonctionnaires de gestion, révoqués sans justes motifs, et tendaient à leur reconnaître des droits identiques à ceux de tous les employés vis-à-vis de leur patron (4).

1. Conseil d'Etat, 6 décembre 1855. S. 56. 2. 508.

2. Conseil d'Etat, 17 août 1825 et 19 août 1837. D. J. G. v. *Compétence administrative*, n. 14 ; Conseil d'Etat, 16 juillet 1875. D. 76. 3. 21.

3. Voir ci-dessus p. 470 et s.

4. Lyon, 3 février 1872 ; S. 74. 2. 119 ; Villefranche, 1^{er} février 1873. D. 73. 3. 96 ; Alexandrie, 24 juin 1876 ; *Journal de droit*

Un premier arrêt du tribunal des Conflits sembla donner gain de cause à la jurisprudence civile, au moins en ce qui concerne les droits au traitement (1). Mais à la suite d'arrêts de cours d'appel se rangeant à l'opinion du Conseil d'Etat et rejetant les demandes d'indemnité formées par des employés communaux, brusquement congédiés (2), le Tribunal des Conflits a définitivement accepté le droit absolu et sans contrôle de l'administration. Il l'a étendu à tous les employés, même communaux (3). Dès lors, tous les actes de l'administration modifiant la situation du fonctionnaire ne sont plus susceptibles d'un recours contentieux au fond, ni devant les tribunaux judiciaires, ni devant les tribunaux administratifs (4-5), ils ne sont plus susceptibles que d'un recours pour excès de pouvoir, car ils ne sont que des actes d'autorité. Ils n'engendrent donc pour l'Etat aucune responsabilité. Telle est la jurisprudence du Conseil d'Etat (6)

international privé, 1876, p. 394 ; Marseille, 2 août 1878, *Cadot*, S. 79. 2. 98 ; Alais, 14 août 1878. S. 79. 2. 78.

1. Conflits, 14 juin 1879. D. 79. 3. 67.

2. Aix, 8 août 1878 et 10 décembre 1878. D. 79. 2. 161 et s. ; Nîmes, 24 février 1879. D. 79. 2. 162-163.

3. Conflits du 14 juin 1879, *Labrebis*, Lebon, p. 503 ; 27 décembre 1879, *Guidet*, D. 80. 3. 89. S. 81. 3. 36, Lebon, p. 879.

4. Observation du ministre de l'intérieur : Conseil d'Etat, 12 janvier 1883, Lebon, 1883, p. 29.

5. Conseil d'Etat, 28 février 1879, *Meister*, Lebon, p. 176 ; 12 janvier 1883, *Cadot*, Lebon, p. 29 ; 14 décembre 1883, D. 85. 3. 75 ; 13 décembre 1889, *Cadot*, D. 91. 3. 41. S. 92. 3. 17 ; 28 mars 1890, *Drancey*, S. 92. 3. 65 ; 29 avril 1892, S. 94. 3. 33 ; 25 novembre 1892, D. 94. 3. 8, S. 94. 3. 90 ; 6 mai 1892, *La Loi* du 25 juin 1892 ; 27 janvier 1893, S. 94. 3. 118 ; 11 juillet 1894, S. 95. 3. 108.

6. Conflits, 7 août 1880, *Le Goff*, Lebon, p. 753. D. 82. 3. 27. S. 82. 3. 11 ; 22 avril 1882. D. 83. 3. 94-95.

et du Tribunal des Conflits. La Cour de cassation s'y est ralliée (1) et les tribunaux civils l'ont suivie (2).

Ainsi c'est l'administration qui détermine elle-même ses droits vis-à-vis de ses agents; ses actes qui modifient la situation de ses employés ne peuvent être l'objet que d'un recours gracieux (3). L'employé non seulement ne peut demander à une juridiction quelconque, la réintégration dans ses fonctions (4), mais le tribunal auquel il s'adresse n'a même pas le droit d'apprécier les faits qui ont motivé la révocation; il ne peut que vérifier si les formalités prescrites par les règlements ont été observées et ne motivent pas un recours en annulation.

En aucun cas l'employé révoqué ne peut demander à l'autorité judiciaire ou à l'autorité administrative des dommages et intérêts pour une révocation, même intempestive, injuste, ou de mauvaise foi (5).

Le Conseil d'Etat a même jugé parfois que le fonctionnaire n'avait pas d'action en paiement de son traitement (6). Cependant le ministre de l'Intérieur, dans des observations relatives au premier arrêt Cadot (7) admettait que « la seule action contentieuse à laquelle la révocation pourrait donner lieu de la part de l'employé devant la juridiction administrative serait une action en paiement des salaires

1. Cass. 7 juillet 1880, D. 81. 1. 68, S. 80. 1. 464.

2. Limoges : 25 juin 1888, S. 88. 2. 186; Tunis, 9 avril 1894, *Revue algérienne*, 1894, II, p. 373.

3. Observation du ministre de l'intérieur précitée.

4. Aix, 8 août 1878, D. 72. 2. 161; Conflits, 27 décembre 1879, D. 80. 3. 89; 9 août 1880, D. 82. 3. 27.

5. Conseil d'Etat, 28 février 1879, S. 3. 68; 12 janvier 1883, D. 84. 3. 75.

6. Conseil d'Etat, 16 juillet 1875, D. 76. 3. 21; Cf. Bourges, 19 juin 1872, D. 74. 2. 44.

7. Conseil d'Etat, 12 janvier 1883, Lebon, p. 29.

échus, devant le préfet ou le ministre de l'Intérieur (1) »,

On donne ainsi à tous les fonctionnaires un état légal; mais comme cet état n'est constitué avec des garanties sérieuses que pour un très petit nombre d'entre eux; on livre la plus grande partie des employés de l'Etat au pouvoir discrétionnaire du gouvernement et tous les employés communaux au pouvoir arbitraire du maire qui doit sa fonction à l'élection et est trop près de ses électeurs pour être impartial.

Il n'est pas besoin d'insister sur les inconvénients d'un pareil système car ils ont été maintes fois signalés.

On empiète sur les droits individuels d'une grande partie des citoyens qu'on prive ainsi de leur liberté politique. On dit que les nécessités du gouvernement parlementaire obligent les gouvernants à se servir d'agents qui leur sont dévoués. Ils sont en effet portés au pouvoir par une majorité, par un parti, pour l'exécution d'un programme déterminé. Ils ne peuvent le faire qu'avec des agents en qui ils ont confiance et non avec ceux de leurs prédécesseurs qui agissaient contre eux-mêmes et qui avaient un autre programme. Ils doivent donc pouvoir les révoquer à volonté.

Mais cet argument n'a de valeur qu'autant qu'ils s'adresse à des fonctionnaires qui ont précisément pour fonction d'exécuter ce programme politique c'est-à-dire aux fonctionnaires politiques. Il n'en a aucune vis-à-vis des fonctionnaires de gestion, ce n'est parfois que par intolérance pour récompenser des services électoraux et non techniques qu'une municipalité radicale révoquera un architecte conservateur ou qu'un gouvernement conservateur se privera des services d'un agent-voyer radical. On s'éloigne ainsi beaucoup de la pratique allemande qui permet à des fonctionnaires, ayant cependant un caractère politique, tels que

1. Dans la théorie qui fait du ministre le juge de droit commun.

les présidents de province, de siéger au Reichstag sur les bancs de l'opposition et de n'être pas les moins violents dans leurs attaques contre le ministère. On se rapproche, au contraire, de plus en plus, du système américain qui considère le parti vainqueur dans les élections générales comme le propriétaire et le dispensateur de toutes les fonctions et lui permet, au grand détriment des intérêts du service public, de révoquer injustement tous les fonctionnaires même les plus humbles, même ceux qui ne gèrent que des intérêts collectifs sans faire de politique, pour donner leurs emplois à des agents électoraux (1).

Ce système a eu des conséquences déplorables, dont les plus graves sont assurément l'inexpérience, l'incapacité absolue, l'esprit de parti apportés par les agents dans l'exécution des actes de leurs fonctions. Il n'est pas de critiques qui n'aient été dirigées contre lui en Europe (2) et même en Amérique (3). Malgré ses imperfections, notre administration bureaucratique est un objet d'envie pour les citoyens américains (4). Et cependant la théorie de la jurisprudence est de nature à justifier toutes les révocations arbitraires ; même le contrôle de la légalité par l'admission des recours pour excès de pouvoir ne peut s'appliquer aux nominations et aux révocations de ces employés, parce que ces actes ne sont pas soumis à des formalités juridiques complexes et établissant des garanties de droit pour l'agent.

1. Voir ci-dessus, p. 353 et s.

2. STUART-MILL : *Gouvernement représentatif*, ch. V, p. 110 ; GONSE : *Etude sur les rapports faits aux chambres américaines dans les sessions 1867-1868-1869* (*Bulletin de la société de législation comparée*, 1869, p. 84).

3. E. FREUND : *Elected or appointed officials?* (*Political science Quarterly*, septembre 1894, p. 402-425).

4. FRANCIS NEWTON THORPE : *op. et loc. cit.*

C'est surtout la politique locale qui est la plus tyrannique. Une aggravation des mœurs politiques, n'ayant pas la loi pour frein, nous amènerait rapidement à la pratique administrative des Etats-Unis.

Cette conception n'est pas seulement dangereuse au point de vue social : elle est injuste en soi et met l'employé dans une condition juridique bien inférieure à celle que lui offrirait une société privée. La fonction publique nécessite souvent une éducation spéciale qui n'a pas d'autres débouchés, la révocation privera donc l'employé du seul moyen dont il disposait pour gagner sa vie. Dans les emplois privés, la concurrence permet à l'employé renvoyé de trouver ailleurs une situation analogue. Quand il y a monopole de l'Etat, il n'a même pas cette ressource. La discussion de la loi du 27 décembre 1890 sur le louage de services, a mis en relief l'iniquité du renvoi de l'employé de chemins de fer comptant parfois de longs services, qui a déjà subi pendant de nombreuses années des retenues sur son traitement, qui est à la veille d'obtenir cette pension de retraite qu'il avait escomptée durant sa carrière et qu'il avait envisagée comme l'espoir de ses vieux jours (1). La situation de tout fonctionnaire de l'Etat n'est pas différente ; sa révocation opère sur ses retenues une véritable confiscation de sommes relativement considérables.

Un fonctionnaire a vingt-quatre ans de services et doit dans un an avoir 2.000 fr. de pension viagère. Le capital constitutif de cette rente représente environ 25.000 fr. C'est une amende de pareille somme que l'Etat inflige à son employé. Une telle pénalité peut ainsi être appliquée sans jugement par un homme politique qui veut assouvir des rancunes électorales.

1. Séance du 25 novembre 1890 ; *Journal officiel, Déb. Parl.* p. 1069.

Or pourquoi une telle pénalité, qui a été jugée excessive pour les employés des compagnies privées puisqu'elle a été le seul motif de la loi de 1890, serait-elle jugée moins odieuse quand il s'agit d'un employé de chemin de fer de l'Etat? M. Poincaré, le rapporteur de la loi de 1890, craignant, à juste titre, qu'on veuille, appliquer la disposition nouvelle aux fonctionnaires, a eu soin de faire cette déclaration, vraie en jurisprudence, que l'Etat se soustrayait à cette responsabilité des particuliers, même quand il agit comme un particulier : « le gouvernement, dit-il, nomme et révoque ses agents, mais il n'est responsable de ses actes que devant les Chambres et l'opinion publique. Et si les tribunaux refusent d'accorder des indemnités aux fonctionnaires révoqués, c'est pour ne pas empiéter sur les pouvoirs de l'exécutif, qui agit dans la plénitude de ses droits sous le contrôle du parlement. » (1).

Cependant la jurisprudence n'a pas toujours affirmé si fermement l'irresponsabilité absolue de l'Etat, et ne l'a pas appliquée à tous les cas qui se sont présentés : les faits ont parfois commandé une solution différente.

Ainsi, elle n'a pas reconnu la qualité de fonctionnaire communal aux secrétaires de mairie, afin de ne pas leur appliquer la théorie du pouvoir arbitraire du maire dans toute sa rigueur (2) ; elle a par suite décidé qu'il devait être prévenu à l'avance de la résiliation de son contrat (3), que la retenue faite par le maire sur son traitement était

1. *Documents parlementaires : Journal officiel*. Chambre annexe. En fait, les règlements particuliers des chemins de fer de l'Etat font restituer les retenues à l'employé congédié avant l'obtention de la pension de retraite (S. 98. 1. 365. Note Chavegrin). La même solution s'impose pour les autres fonctionnaires de gestion.

2. Lyon, 3 février 1872 ; *PAND. CHRON.*, V. 2. 63 ; Cass., 22 juin 1883 ; *Conflits*, 14 juin 1879 ; Cass., 21 juillet 1873 ; Cass., 5 août 1873 ; Cass., 2 mai 1881 ; S. 82. 1. 304 et D. 82. 1. 746.

3. Lyon, précité.

un acte de la compétence des tribunaux judiciaires (1), et que sa révocation pouvait motiver des dommages et intérêts proportionnés au délai qui lui était nécessaire pour trouver un autre emploi (2).

Un arrêt de la Cour de Lyon (3) refuse une indemnité à des préposés de l'octroi renvoyés par suite de la suppression de cette régie, pour ce motif qu'ils connaissaient la date de cessation de l'octroi et même qu'ils en avaient été avertis par le maire : cela semblerait admettre implicitement, qu'au cas où il n'y aurait pas eu cet avertissement et ce délai du congé, ils auraient eu droit à indemnité.

Le Conseil d'Etat lui-même, a admis implicitement que la révocation pouvait motiver des dommages-intérêts quand un architecte communal était brusquement congédié (4), quand le ministre fait cesser subitement une mission temporaire accordée pour une durée déterminée, etc.

Ainsi la nécessité de soustraire ces fonctionnaires techniques aux fluctuations de la politique qui nuisent à la gestion du service, l'iniquité de certaines révocations quand on les compare aux résiliations des contrats des employés privés, les démentis que se donne à elle-même la jurisprudence doivent nous faire écarter le pouvoir arbitraire de l'administration en matière de révocation des fonctionnaires.

Appliquant la théorie que nous avons proposée, nous distinguerons entre les fonctionnaires de gestion ou fonctionnaires techniques et les fonctionnaires d'autorité d'après le but essentiel et principal de chaque fonction.

1. Conflits, 14 juin 1879.

2. Lyon précité.

3. Lyon, 10 juillet 1374. D. 75. 5. 279.

4. Cons. d'Etat, 28 juillet 1882 ; Lebon, p. 739 ; 25 mars 1890 ; S. 92. 3. 65 (motifs).

Les uns sont les organes mêmes de la puissance publique qu'ils incarnent vis-à-vis des administrés ; ils ne font qu'un avec le gouvernement (1), avec la souveraineté qu'ils exercent, ils doivent donc, dans un gouvernement parlementaire, suivre l'orientation politique du cabinet : ils ne font, en dernière analyse, que suivre l'opinion de la majorité du pays et réaliser l'idéal démocratique de l'administration de la nation par elle-même. Pour qu'il en soit ainsi, il faut que le gouvernement ait entièrement dans la main ses fonctionnaires d'autorité et par suite qu'il puisse les remplacer à son gré.

Ce droit essentiel doit être absolu et, par conséquent, ne pas engager pour l'Etat une responsabilité pécuniaire qui pourrait faire reculer le ministre devant la révocation ; la raison d'Etat l'emporte sur l'intérêt individuel ou général.

C'est ce droit que tous les gouvernants ont réclamé et dont ils ont usé : « Aussi longtemps, disait Guizot, que j'aurai l'honneur de conduire les affaires publiques, je ne nommerai jamais à une place importante un homme dont je saurai les maximes politiques en contradiction avec le principe général du gouvernement, ce serait là, selon moi, un suicide politique » (2).

Or ce droit, notre théorie le lui accorde pleinement, puisque, nous l'avons établi (3), la nomination comme la révocation d'un fonctionnaire d'autorité, est un acte de puissance publique, un acte de souveraineté, c'est-à-dire un acte indiscutable, qui n'est pas susceptible d'un recours contentieux de réformation. Le fonctionnaire de puissance publique est soumis à un régime légal analogue à celui du citoyen : il ne peut se plaindre que de la violation des formes légales qui, dans certains cas, peuvent cependant lui accorder des garanties spéciales, très protectrices de son

1. BLUNTSCHLI : *La Politique*, Trad. Ried. p. 322 et s.

2. GUIZOT : *Vie de Washington*, I, p. XXIII.

3. Ci-dessus, p. 460 et s.

état. Si ces formes légales sont respectées, les révocations de fonctionnaires d'autorité, préfets, sous-préfets, gouverneurs de colonies, magistrats du parquet, commissaires de police ou gardes-champêtres n'entraînent pour l'Etat ou la commune aucune responsabilité.

Au contraire, les services publics techniques sont d'autant mieux administrés qu'ils sont pourvus de titulaires plus capables, plus stables, plus éloignés des fluctuations politiques. Celles-ci ne doivent donc avoir sur eux aucune répercussion. En dehors des lois particulières qui peuvent leur créer un état comme aux fonctionnaires d'autorité, en dehors de toutes les garanties qu'ils ont comme ceux-ci et au même titre qu'eux, leur situation est tout à fait précaire dans la jurisprudence actuelle. Pour la rendre plus stable, il suffit de lui appliquer le droit commun.

Les fonctionnaires de gestion, avons-nous dit, sont des mandataires quand ils représentent l'Etat dans des actes juridiques, et des préposés quand ils lui louent leurs services, sans avoir le pouvoir de le représenter juridiquement.

Les premiers sont donc soumis aux règles de droit commun du mandat : or le mandant a le droit de révoquer le mandataire à tout moment (art. 2003), mais quand il s'agit de mandat salarié toute révocation intempestive qui causerait un préjudice au mandataire entraînerait contre le mandant une action en dommages et intérêts (1).

Les seconds, de beaucoup les plus nombreux, sont soumis au droit commun du louage de services.

Ce contrat est à durée déterminée, quand le fonctionnaire, par exception, n'a été nommé que pour un temps (2). A

1. Douai, 20 avril 1891, I, VII, BAUDRY-LACANTINERIE : *Précis de droit civil*, 5^e édit., III, n. 931, page 581.

2. Ce fut le cas de beaucoup d'agents de travaux publics nommés à titre temporaire pour l'exécution du plan de Freycinet de

l'expiration de ce délai, le contrat est de plein droit résolu pour les deux parties. Si l'une d'elles, Etat ou fonctionnaire, ne tient pas ses engagements, elle encourt la responsabilité de l'article 1184. Il en est ainsi en cas de non-paiement du traitement. Le traitement, bien qu'établi par une loi, est devenu une des clauses du contrat qui porte acceptation du régime légal. La violation du contrat justifie une action civile en paiement des salaires échus (1), et même du traitement non encore échu mais sur lequel l'employé devait pouvoir normalement compter (2).

Mais, généralement, le louage des services contracté par le fonctionnaire est à durée indéterminée. Alors le contrat de fonction publique peut prendre fin par suite non seulement de la résolution de l'article 1184 qui a lieu en justice, mais encore, et c'est là le mode normal, par la rescision ou simple volonté d'une des parties. Le fonctionnaire peut démissionner et l'Etat peut le révoquer. La volonté des parties ne doit pas être indéfiniment enchaînée, le fondement de ce droit est dans l'article 1780, qui repose sur le principe de l'inaliénabilité de la liberté individuelle.

Mais cette faculté unilatérale de résiliation a subi certaines restrictions, sans lesquelles la différence des fonctionnaires de gestion avec les fonctionnaires d'autorité serait insensible.

En effet, ce mode de solution du contrat est général et

1885 à 1890 ; mais cette situation temporaire a toujours une tendance à devenir permanente ; ces agents des Travaux publics ont été depuis lors nommés à titre permanent (Arrêtés des 18 novembre 1898 et 16 mars 1899).

1. Observation du Ministre de l'Intérieur. Conseil d'Etat, 12 janvier 1883. Lebon p. 29 et s.

2. Conseil d'Etat 26 février 1892, *Lion-sur-mer*, 8 avril 1892, *Ville de Rennes* ; 24 janvier 1896, *Ville de Narbonne*.

fréquent parce qu'il a l'avantage de ne pas exiger, comme l'article 1184, l'intervention de la justice.

D'autre part, vouloir contraindre à l'exécution forcée du contrat de l'article 1184 n'est pas une solution pratique ; si l'on veut résoudre la convention en évitant toute responsabilité, on ne peut, en se fondant sur l'article 1184, invoquer la force majeure ni le cas fortuit, dont la preuve serait fort difficile.

Ce mode de solution est même dangereux ; il ne met d'autre frein aux tentations de révocation de la part du gouvernement que l'intervention de la justice qui a un pouvoir trop large. D'autre part, les fonctionnaires pourraient spéculer sur cette liberté, se coaliser en vue d'une grève et contraindre l'Etat à des concessions exorbitantes, ou simplement imprévoyants, ils pourraient provoquer des résolutions qui leur apporteraient des dommages et intérêts considérables.

Le danger est donc des deux côtés à la fois, et d'autre part, les restrictions qu'il est nécessaire d'y apporter, se heurtant au principe de la liberté individuelle, doivent être sérieusement examinées.

Ces restrictions à la faculté de résiliation du contrat de fonction publique de gestion sont de deux sortes : conventionnelles ou légales.

Les limitations conventionnelles à cette faculté sont basées sur l'article 1134¹ et sont permises tant qu'elles ne sont pas contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. Elles sont contenues dans les lois, décrets ou arrêtés ministériels, relatifs à l'organisation de la fonction et même dans les coutumes de la pratique administrative. Ces règlements administratifs sont acceptés par le fonctionnaire et l'obligent par le fait même qu'il entre en fonction, en même temps qu'ils obligent l'Etat, par le fait qu'il nomme le fonctionnaire.

Telles sont les règles relatives à la mise à la retraite d'office ou volontairement acceptée, avec pension entière ou proportionnelle.

La seule limitation légale à la faculté de résiliation unilatérale est celle qui consiste dans l'interdiction générale d'user abusivement d'un droit. L'exercice abusif du droit de résiliation entraînerait aussi bien de la part de l'Etat que de la part du fonctionnaire une obligation à la réparation du préjudice causé.

On fonde cette action en dommages et intérêts, tantôt sur l'absence de motifs légitimes justifiant la révocation, tantôt sur la théorie de la faute (article 1382), tantôt sur l'absence de bonne foi dans l'exécution de la convention.

L'absence de motifs légitimes dans la rupture du contrat entraîne pour certains auteurs (1) une responsabilité pécuniaire. En effet, dit-on, l'exercice normal d'un droit ne constitue pas une cause de préjudice : *neminem laedit qui suo jure utitur* ; il ne peut donc y avoir lieu à dommages-intérêts que si le droit est dépassé. D'ailleurs il faut que le contrat ne puisse plus être rompu que pour des motifs légitimes, sinon il y aurait contradiction entre les deux premiers paragraphes de l'article 1780 ; l'un, qui permet la résiliation, l'autre, qui en fait l'occasion de dommages-intérêts. C'est ainsi que jusqu'à 1890 jugeaient les cours d'appel, dont les arrêts ont cependant été maintes fois cassés par la Cour de cassation (2).

Cette manière de voir ne saurait en effet être partagée, sur-

1. BAUDRY-LACANTINERIE : *Précis*, 6^e édit., II, n. 969, p. 601 ; PLANIOL : Note. D. 93. 3. 377 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL : *Du louage*, II, n. 139.

2. Voir J. FERRAND : *De la résiliation du louage de services*. p. 206.

tout quand il s'agit de rapports établis entre le fonctionnaire et l'administration. D'abord l'exercice normal d'un droit peut parfaitement causer un préjudice que l'auteur est tenu de réparer : c'est là le principe de l'article 1382 qui parle de « tout *fait*... »

En second lieu, c'est à tort qu'on prétend que cette contradiction entre les deux premiers paragraphes de l'article 1780 résulterait de ce fait, que le contrat pourrait être rompu sans motifs légitimes, car le § 2 commence par le mot « néanmoins » qui indique non une contradiction, mais une restriction au principe général, posé dans le § 1^{er} ; tel est bien, en effet, le vœu du législateur, car la loi a eu pour but de remédier à des révocations pour lesquelles on pouvait trouver des motifs légitimes tels que le désir, pour la compagnie de chemins de fer, de s'affranchir du paiement d'une retraite.

En pratique, d'ailleurs, il serait impossible de prouver l'existence de motifs légitimes et, surtout en notre matière, on établirait l'inquisition judiciaire dans toutes les branches des services administratifs.

Ce serait, pour M. Sauzet, la théorie de la faute de l'article 1382 qu'il faudrait appliquer pour déterminer la responsabilité du résilient.

Sans entrer à fond dans la discussion de cette question, il nous semble, cependant, que la théorie de la faute de l'article 1382 repose plutôt sur la violation d'un droit et qu'en tout cas, on l'applique généralement aux tiers. Mais ici il ne s'agit que de l'exercice d'un droit de résiliation et de l'exécution d'un contrat dont la situation se règle entre les deux contractants. Donc le droit commun suffit à fonder notre responsabilité. L'article 1134 (alinéa 3) déclare que tout contrat doit être exécuté de bonne foi ; toute résiliation de mauvaise foi entraînera donc la responsabilité du résilient. La théorie de l'article 1382 aboutit à peu près au

même résultat. Telle est la théorie de la Cour de cassation (1).

Ainsi l'Etat, qui révoque l'employé, comme l'employé qui démissionne, ne peuvent rompre que de bonne foi les liens qui les unissent. Il y aurait ainsi lieu à une action civile de la part de l'employé contre l'Etat, quand celui-ci révoquerait un fonctionnaire de gestion, sans observer des délais de congé (2), pour des motifs politiques, pour participation à une société politique, à l'occasion de pétitions ou de réclamations faites par l'employé, pour infirmités contractées dans l'exercice de sa fonction. L'Etat aurait les mêmes droits contre l'employé qui déserterait son poste, participerait à une grève illégale, démissionnerait sans délai de congé (3).

Selon les règles de la matière, l'indemnité sera proportionnelle à l'étendue du dommage subi. Elle sera généralement assez faible, quand elle frappera l'employé; elle pourra devenir considérable, si elle frappe l'Etat, car l'employé par sa révocation perdra souvent toutes les retenues déjà opérées sur son traitement et l'espérance d'une pen-

1. J. FERRAND : *Op. et loc. cit.* — Dans l'affaire Drancey, architecte révoqué par le maire de Cherbourg, la ville s'efforça, devant le Conseil d'Etat, de prouver que la révocation n'était pas faite de mauvaise foi. C'était accepter la théorie du louage et la nécessité de la bonne foi dans la rupture. Mais le Conseil d'Etat repoussant la théorie du contrat de droit privé n'a pas relevé ce moyen de défense. Conseil d'Etat : date citée S. 92. 3. 65.

2. Chambéry, 14 décembre 1891. D. 93. 2. a. 1; Albi, 8 décembre 1893, *Gaz. Trib.*, 16 décembre 1893.

3. C'est bien la thèse qui a été développée à la Chambre lors de la grève des facteurs des postes de Mai 1899. « Il s'agit, disait M. Massabuau, d'employés qui ont consenti un contrat. Ce n'est pas une grève ordinaire, mais la rupture brutale d'un contrat. Cette rupture ne peut avoir lieu régulièrement qu'autant qu'elle est dénoncée par la voie régulière. » *Journal officiel : Débats Parlementaires*. Chambre, séance du 18 mai 1899.

sion viagère parfois à bref délai. Cette charge, la restitution des retenues, pourra être lourde parfois pour la caisse des retraites, celle-ci s'alimentant en partie de retenues qui ne correspondent pas plus tard au versement d'une pension. Elle est cependant commandée par la justice et cette solution qui a été sanctionnée pour les compagnies privées et pour les chemins de fer de l'Etat n'est pas moins équitable quand il s'agit de la société civile qu'est l'Etat agissant comme particulier (1).

Telles sont les solutions que dicte l'application, aux fonctions publiques de gestion, des règles du droit civil. Elles répondent au devoir général de justice que l'Etat doit remplir et à l'égalité de droits dans laquelle il doit se placer quand il agit comme particulier, dans la sphère du devoir privé. On ne saurait objecter qu'on fait ainsi courir des dangers aux services publics et exprimer la crainte que des fonctionnaires imprévoyants rompent leur engagement à la veille de toucher leur pension pour obtenir de suite une forte indemnité ; le risque qu'ils courraient de voir considérer leur rupture comme de mauvaise foi serait suffisant pour arrêter leur cupidité.

Le plus gros obstacle, semble-t-il, c'est plutôt l'ingérence des tribunaux civils dans l'administration, ce qu'ont toujours redouté les services administratifs. En effet, les tribunaux sont amenés à examiner les motifs de la rupture du contrat. Nous verrons, dans le paragraphe suivant, qui traite de la compétence combien ces craintes sont chimériques. D'ailleurs l'administration ne reconnaît-elle pas déjà ce pouvoir aux Tribunaux judiciaires pour la gestion du domaine privé ?

Nous pensons, au contraire, qu'en assimilant les fonctionnaires de gestion aux locataires de services au point de

1. Elle est d'ailleurs déjà appliquée aux employés des chemins de fer de l'Etat (Voir Note de M. CHAVEGRIN : S. 98. 1. 385.

vue de la révocation, on leur donne une sécurité bien plus grande dans leur fonction. On attire par suite vers ces emplois des individus d'une plus haute capacité intellectuelle, qui n'ont plus de raison pour préférer des emplois privés.

Ces garanties que nos lois civiles permettent d'accorder aux fonctionnaires de gestion viennent s'ajouter à celles de leur état légal dont jouissent à la fois les fonctionnaires d'autorité et les fonctionnaires de gestion.

Beaucoup de législations étrangères, avons-nous vu, font prononcer la suspension ou la révocation par des tribunaux administratifs, exigent un avis conforme de ces conseils, ou au moins une consultation (1).

En France, des fonctionnaires de gestion comme les professeurs, les officiers, les ingénieurs des ponts et chaussées, jouissent d'un état légal. Sans doute on ne peut assurer la situation du fonctionnaire d'autorité que par la constitution d'un état légal ; étant soumis à un régime de puissance publique, il n'a droit qu'à l'observation de la loi à son égard.

Mais il n'en est plus de même pour les fonctionnaires de gestion.

La création d'un état légal sera toujours une mesure insuffisamment protectrice de leurs droits ; bien que la loi soit respectée, cette situation donne toujours à l'Etat, personne morale, un droit supérieur à celui de la personne juridique individuelle et permet toute révocation pourvu qu'elle soit légale.

En second lieu, elle nécessiterait des règles législatives multiples, qui ne pourraient procéder que par des énumérations forcément incomplètes.

On a essayé en France de faire une loi générale, elle n'a pu aboutir (2).

1. Ci-dessus p. 532 et s.

2. *Sénat*, 16 juillet 1885, *Journal officiel* : annexes, p. 325.

Une proposition plus intéressante est celle de M. de Lorgeril (1).

L'auteur part exactement du principe théorique que nous avons posé. D'une part, tous les fonctionnaires de gestion seront « propriétaires de leur grade » (article 1^{er}) et n'en pourront être privés que dans les cas limitativement énumérés par la loi (article 2). La proposition institue un Conseil supérieur de l'administration française qui prononcera les peines à appliquer au fonctionnaire après l'avoir entendu (2). D'autre part tous les fonctionnaires politiques et agents du gouvernement continueront à être révoqués *ad nutum* (3).

Nous sommes donc en présence de deux systèmes de garanties des droits des fonctions de gestion ; d'une part, la constitution d'un état légal ; d'autre part, l'application des règles du louage de services. Quel est le plus équitable, quel est celui qui répond le mieux aux besoins de l'administré et de l'administration ?

Les deux systèmes posent en principe qu'une indemnité doit être accordée au fonctionnaire lésé par la révocation.

La proposition de Lorgeril décide qu'elle comprendra la totalité des retenues opérées sur le traitement de l'employé.

Mais c'est trop ou trop peu. Cette indemnité est trop forte, si c'est le fonctionnaire qui quitte volontairement l'administration pour louer ailleurs ses services. S'il le fait, c'est qu'il y trouve son avantage ; il ne craint pas de mettre son service dans l'embarras.

C'est trop peu, s'il est congédié sans avoir immédiatement une autre situation, s'il lui est difficile d'en trouver une, s'il est à la veille de toucher sa pension, etc., toutes cir-

1. *Sénat*, 18 juillet 1893.

2. A. 2 et 4

3. A 5. 1.

constances contingentes et relatives qu'il est difficile de prendre pour base dans une loi générale.

Aussi pensons-nous que le droit commun du louage de services est préférable.

On laisse d'abord au Ministre et au fonctionnaire l'entière liberté de résoudre leur contrat, l'un sans le consentement de l'autre. L'administration n'a donc pas du tout les mains liées et sa situation est bien préférable à celle que peut lui offrir un fonctionnaire qui a un état légal.

D'autre part, la responsabilité incombe à l'auteur de la résiliation de mauvaise foi, Etat ou employé.

L'indemnité, enfin, est réglée plus équitablement, car le juge n'est lié par aucun élément légal et peut apprécier toutes les circonstances qui augmentent ou diminuent le préjudice causé. Elle pourra comprendre non seulement la restitution des retenues, mais encore une partie du capital représentant la pension, que devait toucher le fonctionnaire, ou, au contraire, être fixée à un chiffre inférieur, si le préjudice causé est compensé par les avantages, que le fonctionnaire tire de sa résiliation ; elle dépendra de la difficulté qu'éprouvera le fonctionnaire à trouver une autre situation et qui est elle-même relative à la compétence spéciale exigée par le service auquel il était employé.

Le service public et le fonctionnaire, la théorie juridique et l'équité, reçoivent ainsi ample satisfaction. La théorie du louage de services, infiniment plus souple que celle de l'état légal, se prête plus aisément à toutes les solutions exigées par la multiplicité des cas qui peuvent se présenter entre l'agent et l'Etat.

d) *Théorie de la compétence.* — Les différentes actions en responsabilité qui pèsent sur l'Etat pour le fait de ses organes, de ses préposés, des tiers, ne sont relatives qu'aux fonc-

tionnaires de gestion que lie à l'Etat un contrat de droit privé.

La connaissance des contrats de droit commun, des différentes conséquences qu'ils peuvent entraîner, de la responsabilité qu'ils peuvent engendrer, appartient, sans conteste, à l'autorité judiciaire.

M. Michoud estime, cependant, que la question de responsabilité et la question de compétence ne sont pas liées, et qu'une responsabilité de droit commun pourrait fort bien être appliquée par les tribunaux administratifs, qui déjà appliquent à l'Etat les règles de droit privé en matière contractuelle, quand la loi spéciale administrative n'a pas prévu le cas (1). L'attribution de la connaissance des actions en responsabilité à la juridiction administrative éviterait ainsi les conflits de compétence, car souvent le droit public vient se mêler au droit privé.

Nous ne nions pas que des règles de droit commun soient fréquemment appliquées par les tribunaux administratifs ; mais il en est ainsi précisément quand il s'agit d'actes de droit commun, surtout de contrats, qui, malgré les règles spéciales qui les régissent et qui ont pour cause la nécessité de protéger la gestion des deniers de l'Etat, demeurent, cependant, des actes de gestion de droit privé. C'est un texte dérogatoire au droit commun qui en attribue la connaissance à l'autorité administrative. Il est donc nécessaire qu'on interprète strictement ces règles exceptionnelles et qu'en dehors du texte, on revienne au droit commun.

Nous pensons qu'il en doit être de même en matière de compétence ; la question n'est pas directement liée à celle

1. M. MICHOD : *De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents* (*Revue du droit public et de la science politique*, 1895, II, p. 29),

de la responsabilité, mais elle dépend des mêmes principes, de la même théorie, il est donc rationnel qu'elle reçoive la même solution.

Pour ceux qui font de la relation de fonction publique un rapport de droit privé et qui ne distinguent pas entre la responsabilité encourue par une personne privée pour les faits de ses agents et celle qui incombe à l'Etat pour les fautes de ses fonctionnaires, les actions qu'elle engendre sont soumises à la compétence judiciaire (1).

Ceux qui ne voient dans les rapports de l'Etat et du fonctionnaire qu'un lien du droit public, s'adressent à la juridiction administrative.

Distingue-t-on parmi les fonctions publiques des relations de gestion et des relations de puissance publique ? on pense que les actions en responsabilité qui naissent à propos des premières sont de la compétence des tribunaux judiciaires et que celles qu'engendrent les secondes seraient de la compétence des tribunaux administratifs.

Mais, pour la jurisprudence, les relations de droit privé se limitent, désormais, à la gestion du domaine privé ; la connaissance de celles-ci seulement appartient au pouvoir judiciaire ; la juridiction administrative connaissant des difficultés qui s'élèvent à propos des fonctions de puissance publique et des fonctions de gestion des services publics (2).

Les auteurs qui étendent les fonctions de gestion à la fois à la gestion du domaine privé et à celle des services publics techniques ne laissent à la compétence administrative que les relations des fonctionnaires de la puissance publique.

1. BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL : *Du louage*, II, n. 1597, p. 259 ; SOURDAT : *op. cit.*, p. 520-521.

2. BRÉMOND : (*Revue critique*, 1894, p. 337) ; LAFERRIÈRE : *op. cit.*, I, p. 628.

D'autre part, si nous remarquons que les relations de puissance publique n'engendrent pas d'actions en responsabilité, ainsi que nous l'avons précédemment établi, il s'ensuit que, pour nous, la question ne se pose qu'entre deux théories :

1° La théorie de la compétence administrative de droit commun qui est la théorie de la jurisprudence et qui n'admet de compétence judiciaire qu'en vertu de textes formels.

2° La théorie de la compétence judiciaire de droit commun qui est celle des auteurs de la première et de la dernière catégorie.

1. — *Théorie de la jurisprudence ou de la compétence administrative de droit commun.*

Le Conseil d'Etat s'est toujours refusé à admettre la compétence judiciaire pour les actions en responsabilité relatives à la gestion des services publics (1) ; la Cour de Cassation, au contraire, a longtemps affirmé sa compétence (2).

Le tribunal des Conflits sous la deuxième République évita de se prononcer et a tranché par d'autres motifs les cas qui se présentaient (3). Sous le second Empire, après la suppression du tribunal des Conflits, le Conseil d'Etat persista dans sa théorie (4) en invoquant toujours cette seule règle

1. Conseil d'Etat, 26 août 1835, Lebon, VI, p. 185 ; Conseil d'Etat, 8 avril 1844, Lebon. 1844, p. 464 ; Conseil d'Etat, 9 novembre 1845, Lebon, p. 523 ; Conseil d'Etat, 9 février 1847, Lebon, p. 28 et s. 47. 2. 380.

2. Rejet, 19 novembre 1854. D. 55. 1. 37.

3. Conflits : 20 mai 1850, Lebon, p. 477 ; Conflits : 30 juillet 1850, Lebon, p. 726 ; Conflits : 7 avril 1851, Lebon, p. 255 et D. 51. 3. 35.

4. Conseil d'Etat, 6 novembre 1855. D. 59. 3. 34 ; Conseil d'Etat, 20 fév. 1858. D. 59. 3. 33 ; Conseil d'Etat, août 1861. D. 62. 3. 4 et

que le pouvoir exécutif peut seul constituer l'Etat débiteur et par suite statuer sur une action en indemnité. Mais après 1862, il a cherché d'autres bases, particulièrement dans les lois spéciales de la matière qui lui étaient soumises (1). Il a même parfois admis la compétence judiciaire (2) que défendait toujours la Cour de Cassation. Il ajoutait également un nouveau motif à ses arrêts, à savoir la nécessité pour le juge de la responsabilité d'apprécier les rapports de l'Etat et des fonctionnaires, ce qui est d'ordre exclusivement administratif (3) ce motif a même été le seul invoqué depuis 1870.

Le tribunal des Conflits rétabli en 1872 continua d'appliquer la théorie du Conseil d'Etat mais en n'invoquant les lois de 1790 et de l'an III que pour fonder son principe de la séparation des autorités, le second motif de la jurisprudence du Conseil d'Etat (4). La Cour de Cassation après avoir défendu la compétence judiciaire s'est conformée, malgré une longue hésitation, à la jurisprudence des Conflits. Elle s'est déclarée incompétente (5), bien qu'elle rende encore parfois des arrêts contraires (6). Elle a d'ailleurs soin de

S. 61. 2. 139; Conseil d'Etat, 6 août 1861, D. 62. 3. 5; Conseil d'Etat, 2 mai 1862, D. 62. 3. 83.

1. Pour les travaux publics dans la loi du 28 pluviôse an VIII, Cons. d'Etat, 13 décembre 1886, D. 87. 3. 57.

2. Conseil d'Etat, 25 fév. 1864, D. 64. 3. 83.

3. Conseil d'Etat, 1^{er} juin 1861, 7 mai 1862, 20 février 1868, 15 avril 1868.

4. Conflits : 8 fév. 1873. D. 73. 3. 17-20, 5^e espèce et S. 73. 2. 153. 25 janvier 1873. D. 73. 3. 17 et S. 73. 2. 123; Cf. 29 mai 1875; 31 juillet 1875; 20 mai 1882; 15 février 1890; 8 décembre 1893.

5. Cass., 17 mars 1884. D. 84. 1. 327. Cass., 19 novembre 1883; D. 84. 1. 246; Seine, 13 fév. 1883. *Gaz. Palais*, 83. 1. 489. Saint-Etienne, 29 juillet 1883. *Gaz. Palais*, 93. 2. 166; *Contra* Cass., 1^{er} fév. 1891. D. 92. 1. 147.

6. Cass., 1^{er} février 1891. D. 92. 1. 147.

spécifier qu'elle ne se déclare incompétente que parce que l'acte visé émane de la puissance publique : en réalité, ce n'est souvent qu'un acte de gestion de service public (1).

Dans l'état actuel de la jurisprudence et civile et administrative, la compétence des actions en responsabilité dirigées contre l'Etat par les tiers ou le fonctionnaire est celle des tribunaux administratifs ; ceux-ci jugent les actions fondées sur des dommages causés par des négligences des officiers de ports (2), par des expériences de vivisection à la Sorbonne (3), par la faute des gardiens de jardins publics (4), ou des ouvriers des manufactures de l'Etat (5), d'éclusiers (6), d'officiers d'administration (7).

De même les demandes d'indemnité, formées par des fonctionnaires révoqués (8), ou dont l'emploi est sup-

1. Cass., 4 avril 1876 ; 19 novembre 1883 ; 17 mars, 1884 ; 26 août 1884.

2. Conflits 8 février 1873, Blanco. S. 73. 2. 153 ; 18 mars 1876, Bory. S. 76. 2. 160 ; 4 août 1877, Gaillardon. S. 77. 2. 312 ; Cass., Cons. d'Etat, 15 janv. 1875 Lebon, p. 40 ; 7 juillet 1882, Lebon, p. 647 ; Cass. 17 mars 1884. S. 84. 1. 224.

3. Conseil d'Etat. 6 mai 1881. D. 82. 3. 106 ; Cf., 26 juin 1890 ; Cass., 19 novembre 1883. D. 84. 1. 246.

4. Cass., 17 mars 1884. D. 84. 1. 327.

5. Seine, 13 fév. 1884. *Gaz. Palais*, 83. 1. 489. Voir également toutes les décisions citées au chapitre de la responsabilité.

6. Conflits, 8 févr. 1873. S. 73. 2. 153 ; Conseil d'Etat, 8 mai 1874. D. 75. 3. 54 ; 4 avril 1879. D. 79. 3. 54 ; 7 juillet 1893, Lebon, p. 561 ; 9 mars 1847, Lebon, p. 361 ; St-Etienne, 29 juin 1883.

7. Conseil d'Etat, 7 janvier 1882. D. 83. 3. 43.

8. Conseil d'Etat, 20 juin 1884, Lebon, p. 489.

8. Tribunal des conflits, 27 septembre 1879. S. 81. 3. 36 ; 7 août 1880. S. 82. 3. 11 ; Conseil d'Etat, 15 juin 1888. S. 1890. 3. 38 ; 13 novembre 1889. S. 1892. 3. 17 ; 28 mars 1890. S. 92. 3. 65 ; 29 avril 1892. D. 93. 3. 76 ; 13 mai 1893. D. 93. 3. 76 ; 11 juillet 1894, S. 96. 3. 108 ; Cassation, 7 juillet 1880. S. 1880. 1. 464 ; Ain, 3 août 1878. S. 79. 2. 9 ; Ain, 10

primé (1) sont du ressort de la juridiction administrative c'est-à-dire autrefois du préfet ou des ministres (2), aujourd'hui du Conseil de préfecture ou du Conseil d'Etat, juge de droit commun en matière administrative (3).

La jurisprudence n'admet d'exception que dans deux cas : 1^o quand il s'agit d'une fonction de gestion du domaine privé (4) ; 2^o quand la compétence est expressément attribuée à l'autorité judiciaire par des textes formels, comme les lois relatives au service des Postes (5), des télégraphes (6), des douanes (7), des contributions indirectes (8), des chemins de fer (9).

Cette jurisprudence est fondée sur deux motifs : 1^o l'incompétence des tribunaux ordinaires pour faire déclarer l'Etat débiteur ; 2^o la nécessité d'apprécier les rapports de l'Etat et du fonctionnaire pour résoudre ces questions de

novembre 1878. S. 79. 2. 196 ; Nîmes, 24 février 1879. S. 79. 2. 78 ; Limoges, 25 juin 1888. S. 1888. 2. 186 ; Orléans, 28 novembre 1891. S. 92. 2. 105 (employé ch. de fer de l'Etat) ; Lodève, 25 mai 1888, *Journal de Droit administratif*, 88. 378 ; voir HAURIOU : Notes de S. 92. 3. 17, n. 1, 1^o, a. S. 92. 3. 65. n. 1, 1^o, b.

1. Conseil d'Etat, 13 mai 1892, Lebon, p. 437.

2. Voir les observations du ministre de l'intérieur devant le Cons. d'Etat, 12 janvier 1874, Lebon, p. 84, *Help*.

3. Cons. d'Etat. 12 janvier 1874, Lebon, p. 84, *Help* ; 8 décembre 1882. *Amiard*, Lebon, p. 1.007, et les arrêts cités à la note.

4. LAFERRIERE : *Op. cit.*, I, p. 587 et 628 ; BRÉMOND : *Revue critique*, 1894, p. 337.

5. Loi 4 juin 1859, a. 3 ; 25 janv. 1873, a. 10 ; Conflits, 30 mai 1850, D. 50. 3. 65 ; 4 juillet 1874, D. 75. 3. 68 ; 20 décembre 1884, D. 86. 3. 85.

6. Loi 29 novembre 1850 ; loi 4 juillet 1868, décret du 25 mai 1880.

7. Loi 12 août 1791, Titre II, a. 1, 2, 3 ; Conflits, 31 juillet 1875, D. 76. 3. 45.

8. Loi 1^{er} germinal an XIII, a. 29 ; Conflits, 29 mai 1875, D. 76. 3. 46.

9. Loi 15 juillet 1845, a. 22.

responsabilité, ce qui est d'ordre exclusivement administratif.

Le premier motif a été longtemps le seul visé par les arrêts du Conseil d'Etat dont il a disparu aujourd'hui à peu près complètement. C'est en effet là un principe traditionnel (1). Il était consacré par de nombreux édits de notre ancien droit (2). L'Assemblée constituante a été amenée à en faire une règle générale; pour la liquidation de l'arriéré des dettes de la monarchie absolue et du nouveau gouvernement qui avait supprimé nombre d'offices, elle se réserva à elle-même l'admission des créances contre l'Etat. L'Assemblée nationale décrète comme un *principe constitutionnel* que nulle créance contre le trésor public ne peut être admise parmi les dettes de l'Etat qu'en vertu d'un décret de l'Assemblée nationale sanctionné par le roi » (3). Elle s'en réserve le contentieux, nomma un comité de liquidation pour l'examen de toute créance qui serait susceptible de difficultés ou de contestations (4).

Le même principe fut appliqué aux dettes courantes par la loi du 27 avril-25 mai 1791 qui donne ce pouvoir aux ministres et leur réserve « l'examen des difficultés et la discussion des affaires dont la connaissance appartient à l'administration », par la loi du 26 septembre 1893, qui décide que « toutes les créances sur l'Etat seront réglées administrativement » et par le décret du 16 fructidor an III. Ce décret annule des jugements qui constituent des abus de

1. Voir BÉQUET : *Répertoire*, v. *Dette publique*; BERTHÉLEMY : *Droit administratif*, p. 483 et s.; MESTRE : *De l'autorité compétente pour déclarer l'Etat débiteur*, Paris, 1899 (thèse); LAFERRIÈRE, *op. cit.*, I, p. 196 et s., 43 et s.; DUCROCQ, *op. cit.*, 6^e édit., II, p. 224; DARESTE, *op. cit.*, 2^e édit., p. 271.

2. GUILLARD : *Histoire du Conseil du Roi*, p. 87.

3. A. 1^{er}, loi 17 juillet-8 août 1790.

4. Décret 22 janvier-17 février 1790.

compétence et rappelle le texte de la loi des 16-24 août 1790 : « défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration » (1). Les ministres avaient donc seuls le droit de déclarer l'Etat débiteur pendant la période révolutionnaire (2). Le droit actuel a consacré et rejeté ce même principe par les ordonnances du 31 mai 1838 (a. 39). et le décret du 31 mai 1862 (a. 62). Par conséquent il demeure chez nous un principe constitutionnel comme l'a décidé l'Assemblée constituante (3). Or une action en responsabilité a pour but de faire condamner l'Etat à une indemnité, c'est-à-dire de le constituer débiteur.

C'est donc le ministre qui en doit connaître et comme la jurisprudence décide que le juge de droit commun en matière administrative ce n'est plus le ministre, mais le Conseil lui-même, c'est au Conseil d'Etat que doit s'adresser la victime du dommage pour faire déclarer l'Etat débiteur envers elle d'une indemnité.

Mais il y a une objection capitale à ce raisonnement savamment élaboré. C'est que les lois invoquées de la période intermédiaire ne disaient que la *liquidation* des dettes de l'Etat et non leur *déclaration*. C'est un « *Comité de liquidation* » que l'Assemblée nationale nomma par le décret des 22 janvier-15 février 1790. Et cela est logique. L'administration a pour rôle de vérifier les titres de créances avant de les payer, mais ce ne sont pas là des attributions contentieuses. Si le fonctionnaire compétent refuse d'ordonnancer un paiement, alors vient l'action contentieuse devant le juge qui déclarera la dette. Mais le paiement ne pouvant

1. Cf. Arrêté du 2 germinal an V.

2. Merlin qui avait suivi de près cette législation est très affirmatif sur ce point, *l. c.*

3. Telle est l'opinion de M. DARESTE : *La justice administrative*, p. 277 et s. et de M. LAFERRIÈRE : *op. cit.*, I, p. 432 et s.

être poursuivi par des voies d'exécution à raison de la séparation des pouvoirs, c'est à l'Etat puissance publique que devront être remis les titres constatant la dette ; souverain, comme il l'est dans la mesure de ses attributions, il décidera si le jugement doit recevoir exécution ; le ministre verra si, par son refus de liquider la dette, il doit engager sa responsabilité de droit public. Mais les droits de l'administration ne vont pas plus loin. C'est ainsi qu'on l'entendait en l'an III par exemple pour la liquidation des dettes des émigrés dont les créanciers venaient pour être payés sur les biens nationalisés, à leur ordre, et après déclaration de leurs dettes par les tribunaux (1).

C'est encore ainsi qu'on doit l'entendre aujourd'hui.

En général, dans la liquidation des dettes de l'Etat, il ne s'agit pas de poursuivre directement l'Etat : la déclaration et la liquidation précèdent l'action civile en paiement : « Le jugement obtenu est inutile si l'administration n'est pas obligée de s'y conformer » et d'autre part le droit d'examiner la dette et d'en déterminer le montant est tout à fait illusoire dans l'hypothèse contraire (2).

« L'acte du ministre qui reconnaît la dette est un acte d'autorité, et c'est en ce sens qu'on peut dire les dettes de l'Etat sont réglées administrativement » (3).

Mais quand il s'agit de la faute d'un fonctionnaire, la victime du dommage n'a pas encore de créance ; elle s'adresse au tribunal pour la faire déclarer. On ne peut donc prétendre qu'il faut s'adresser au ministre avant toute poursuite ; c'est un tribunal qui doit juger de la faute.

Ce tribunal ne peut-être le Conseil d'Etat qui n'a fait

1. SOURDAT, *op. cit.*, p. 503.

2. BERTHÉLEMY : *Droit administratif*, p. 486.

3. BERTHÉLEMY, *op. cit.*, p. 486.

qu'hériter des attributions ministérielles comme juge administratif de droit commun ; ce sont les tribunaux judiciaires, juges ordinaires des actes de gestion, qui doivent déclarer la dette.

Il n'y aurait, d'ailleurs, aucun motif pour traiter différemment les dettes de l'Etat ou les dettes du département et de la commune, et même, parmi les dettes de l'Etat, de distinguer entre celles qui résultent d'actes de gestion du domaine privé et celles qui sont la conséquence d'actes de gestion des services publics.

Aussi ce motif, que l'Etat ne peut être déclaré débiteur que par l'administration, n'est-il plus invoqué depuis 1870 par le Conseil d'Etat, déclarant sa compétence en matière de responsabilité, ni visé dans les déclarations d'incompétence de l'autorité judiciaire.

2° Le tribunal administratif invoque plutôt aujourd'hui le principe plus général de la séparation des autorités judiciaire et administrative qui interdit à la première de connaître des actes de l'administration (1).

Or, dit-on, les actions en responsabilité dont nous nous occupons sont nées à l'occasion d'actes administratifs et en sont la conséquence directe.

Ainsi, d'une part, les nominations et les révocations des fonctionnaires qui gèrent des services publics, sont pour la jurisprudence, comme nous l'avons vu, des actes administratifs. Ils le sont et dans la forme et dans le fond, qu'ils émanent du Président de la République tirant ses pouvoirs de la Constitution de 1875 ou du Maire tenant les siens de l'article 88 de la loi du 5 avril 1884.

D'autre part, quand le fait incriminé est non plus celui

1. Loi 22 décembre 1789-8 janvier 1790, section III, a. 7. « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes de l'administration. » Loi 16-24 août 1790, titre II, a. 13.

de l'organe de l'Etat, qui nomme ou révoque, mais celui du préposé, qui commet dans sa gestion une faute préjudiciable aux tiers, il s'agit encore d'un fait administratif. Son examen entraîne celui des rapports du fonctionnaire et de l'Etat, celui des règles spéciales à chaque service, règles qui font varier cette responsabilité, qui décident que tel acte est ou non accompli dans l'exercice des fonctions. Ces règles et ces rapports sont donc purement administratifs.

Or, à l'administration seule il appartient sous l'autorité de la loi de « régler les conditions des services publics dont elle est chargée d'assurer le cours, de déterminer les rapports qui s'établissent entre l'Etat et les nombreux agents qui agissent en son nom et les particuliers qui profitent de ces services et dès lors de connaître et d'apprécier le caractère et l'étendue des droits et obligations réciproques qui en doivent naître....., dès lors l'administration seule peut en régler les conditions et la nature ». Tels sont les termes dans lesquels le Conseil d'Etat se déclare compétent pour juger de la responsabilité de l'Etat à raison de son fait ou de celui de ses agents (1).

La jurisprudence administrative commet ainsi une double confusion contre laquelle nous nous sommes élevés à chaque instant.

En premier lieu, il est inexact de dire que le fait de déclarer un acte préjudiciable et de déterminer l'étendue du préjudice causé, constitue un examen de la qualité en laquelle a agi l'auteur de l'acte et des règles particulières qu'il doit observer.

La faute, en effet, dont la juridiction est saisie consiste non pas dans la violation des règlements administratifs, ce qui ne constitue qu'une faute disciplinaire dont l'adminis-

1. Conseil d'Etat, 6 décembre 1855, D. 59. 3. 34 ; Cf. Conflits, 29 mai 1875 ; 31 juillet 1875 ; 20 décembre 1884 ; 11 février 1890.

tration est seule juge (1), mais dans la violation du droit d'un tiers, dans le dommage causé à un particulier ce qui est une faute contre le droit commun, comme nous l'avons précédemment établi. Le juge n'a donc pas à se demander quelle était l'étendue des pouvoirs du fonctionnaire qui a commis la faute (2) pour constater qu'un dommage a été causé injustement à un particulier et en ordonner réparation.

Le demandeur est-il un employé révoqué? Le tribunal n'a pas à examiner si l'autorité qui a prononcé la révocation était compétente; ce qui est une question d'excès de pouvoir du ressort du Conseil d'Etat; il n'a pas à se demander si elle a fait un usage opportun de son droit de résiliation, ce qui est une question de discipline intérieure dans l'administration; il n'a qu'à déterminer si la révocation a été de mauvaise foi et quelle est, dans ce cas, l'étendue du préjudice subi.

On pourrait craindre assurément que par l'appréciation de la bonne foi, le juge puisse entraver la marche de l'administration.

M. Laferrière fait appel à l'évidence pour démontrer que les questions sont liées. « L'autorité judiciaire incompétente pour apprécier la validité de la révocation ne peut évidemment apprécier une demande en dommages et intérêts fondée sur ce que cette révocation serait irrégulière ou inopportune (3) ».

Les Tribunaux ne pouvant pas entraver directement l'action administrative ne doivent pas l'entraver « indirectement en infligeant à l'administration des condamnations

1. Voir sur ce point un arrêt de la Cour de cassation du 19 décembre 1854 qui contient un exposé doctrinal de cette idée.

2. GAUTIER, dans la *Revue critique*, 1882, p. 20.

3. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, I, p. 621.

pécuniaires à raison de l'usage qu'elle aurait fait de ses pouvoirs ». Mais contrôler l'exercice abusif d'un droit n'est pas en entraver l'exercice, c'est au contraire de ce contrôle que sort le droit. Est-ce que dans la vie privée l'existence de l'article 1134 empêche la résiliation unilatérale du louage de services à durée indéterminée ? Est-ce que chaque jour en droit administratif il n'y a pas des expropriations qui nécessitent une indemnité ? Est-ce que l'attribution de cette indemnité à l'exproprié est un obstacle à l'exécution des travaux publics ? Le fait que cette expropriation est prononcée par les tribunaux judiciaires en est-il un autre ? Assurément non. L'administration garde toute sa liberté, mais l'exercice abusif d'un de ses droits causant un préjudice, elle doit le réparer. Cette question n'est pas différente de celles qui sont quotidiennement discutées devant les tribunaux judiciaires entre les compagnies privées ou les patrons et leurs employés.

En second lieu, la jurisprudence confond la puissance publique et la gestion.

Il faut remarquer d'abord que la justice administrative a été créée avec une compétence propre et limitée, dont on trouve l'origine dans la période révolutionnaire. Cette juridiction ne date pas de l'an VIII ; le Conseil d'Etat n'a fait qu'hériter des attributions du Conseil du roi, puis de la compétence contentieuse de chaque ministre, comme le Conseil de préfecture des attributions des intendants et des directoires de département (loi 7-11 septembre 1790 et 16-24 août 1790). Mais les lois de 1790 en attribuant expressément à ces directoires le contentieux des contributions directes et des travaux publics, leur confèrent implicitement la plénitude des contentieux puisque « les corps judiciaires ne peuvent troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs » et qu'ils sont

hiérarchiquement les supérieurs des autorités administratives inférieures contre lesquelles on peut recourir devant eux. La preuve en est dans ces décrets des 7-14 octobre 1790 et 25 avril-25 mai 1791 établissant la hiérarchie du contentieux administratif et donnant alors le rôle de Tribunal des Conflits au roi seul d'abord, puis au roi en Conseil d'Etat, c'est-à-dire au Conseil des ministres. Donc, dès 1791, il y a une juridiction administrative; celle-ci a une compétence déterminée, à savoir : « les opérations des corps administratifs », c'est-à-dire les actes des autorités administratives. On veut que cette autorité, ayant dans son sein sa juridiction, ait une responsabilité complète et entière vis-à-vis du Corps législatif qui doit avoir le contrôle exclusif de ses actes. Or ce contrôle ne trouve ses motifs et par conséquent ses limites que dans l'étendue de la puissance publique, qui commande aux différents services administratifs et par suite en est responsable. La juridiction administrative n'a ainsi de raison d'être que pour les actes où la puissance publique, c'est-à-dire la direction supérieure et l'administration intervient. Elle demeure étrangère aux actes de droit commun.

On objecte, il est vrai, que les rapports entre l'Etat et le fonctionnaire sont de puissance publique et que, par suite, la responsabilité de l'Etat pour les fautes de ses agents et pour la révocation de ses fonctionnaires, conserve le même caractère. Des arrêts du Tribunal des Conflits, peu sûrs de leur argumentation précédemment exposée, ont invoqué ce motif (1).

Nous avons fait justice de cette argumentation. Les fonctionnaires de gestion ne participent pas à l'exercice de la puissance publique et ne tiennent pas d'elle, leurs pouvoirs et leurs fonctions; ils contractent avec l'Etat, personne

1. Conflits, 20 mai 1882, D. 83. 3. 115.

morale dans les termes du droit commun. Nous avons vu que la jurisprudence avait été amenée elle-même à le reconnaître pour les secrétaires de mairie, les instituteurs, les employés au recensement de la population, les engagés militaires. Cependant l'instruction publique, le recensement, le service militaire, quand il est volontaire sont des fonctions publiques. C'est à ce titre que les deux premiers services occasionnent des dépenses obligatoires, que les préfets peuvent inscrire d'office sur le budget d'une commune. La Cour de cassation a encore admis la compétence judiciaire pour connaître d'une action intentée par un capitaine de gendarmerie en paiement d'une indemnité promise (1). Le Conseil d'Etat a bien admis la compétence judiciaire en matière de locations d'immeubles affectés à des services publics (2), même quand ils sont passés en la forme administrative ; pourquoi adopter une solution différente pour les louages de services ?

On dit que si ses actes ne sont pas administratifs, ils le sont du moins dans la forme. Assurément ce n'est pas au Tribunal civil à juger de la légalité de l'acte ; si un maire révoque un agent de police alors que cette révocation est de la compétence du préfet, l'action en annulation ne pourra être portée que devant le Conseil d'Etat, seul juge de l'excès de pouvoir. De même la légalité de la révocation d'un instituteur par un préfet n'appartient qu'à l'autorité administrative (3) ; mais l'examen de la convention passée entre l'instituteur et la commune appartient à l'autorité judiciaire qui seule peut statuer sur les dommages résul-

1. D. 1878. 1, 413, *Ville de Pamiers*.

2. Conseil d'Etat, 1^{er} juin 1854, D. 54. 3. 84 ; Conflits, 15 mars 1850, arg., D. 50. 3. 34,

3. Conflits, 28 décembre 1878, D. 79. 3. 65 ; Conseil d'Etat, 13 décembre 1889, Lebon, p. 1148.

tant de l'inexécution de la convention. D'ailleurs pour continuer notre parallèle, l'administration admet la compétence judiciaire pour les louages de chose même passés en la forme administrative (1) ; si la forme de l'acte est administrative, elle ne doit pas empêcher les tribunaux civils de se déclarer compétents.

On dit encore que beaucoup de contrats sont, par leur objet, dévolus à l'examen de la juridiction administrative : il en est ainsi des contrats de travaux publics, des marchés administratifs et, en général, de tous les actes contractuels relatifs à la gestion des services publics.

Mais cet argument nous donne gain de cause : tous les exemples que l'on cite comme étant des cas de compétence administrative ont été renvoyés devant cette juridiction par des textes formels. La loi du 28 pluviôse an VIII attribue à la juridiction administrative la connaissance des litiges qui s'élèvent à l'occasion de travaux publics, aucun texte semblable n'est venu lui attribuer le droit de juger les différends, touchant aux contrats de fonction de gestion. Ainsi l'engagement militaire, l'engagement décennal de l'instituteur sont, nous l'avons vu, des contrats ; ils sont placés en vue de l'exécution d'un service public, leur examen doit appartenir aux tribunaux civils comme l'a jugé l'autorité judiciaire (2). Toutes ces solutions particulières non seulement prouvent qu'il n'y a pas d'objection de principe à cette compétence, mais encore, coordonnées, elles montrent que la règle générale est celle de la compétence judiciaire.

On n'a jamais remarqué d'autre part que cette compétence

1. Conflits, 15 mars 1850, arg., D. 50. 3. 34 ; Cass, 17 juillet 1849, D. 49. 1. 315., S. 49. 1. 697.

2. Cass., 10 décembre 1878, D. 79. 1. 113. Voir les conclusions de M. Desjardins.

dans le cas, où on l'a admise, ait été nuisible aux intérêts du service et que les tribunaux civils aient fait trop bon marché des deniers de l'Etat. Même en admettant une prodigalité, dont ils n'ont pas fait preuve, il faut se rappeler que le trésor public n'est pas plus engagé par une décision du tribunal judiciaire que par un jugement du Conseil d'Etat. Le juge, avons-nous dit, ne fait que déclarer la dette et son montant, c'est l'administration active qui la liquide. Le ministre seul a l'ordonnancement, et ne peut être contraint d'y procéder par la voie de l'action civile.

2^o Théorie de la compétence judiciaire.

Notre théorie revient au contraire au droit commun et se base sur cette distinction fondamentale de la question et de la puissance publique, distinction qui domine tout notre droit administratif.

Les litiges qui concernent les relations des fonctionnaires de gestion du domaine privé ou des services publics techniques avec la personne morale de l'Etat ou avec les tiers sont de compétence judiciaire parce que le fonctionnaire fait des actes qui n'exigent aucune prérogative spéciale de puissance, que l'appréciation de ces actes n'entraîne pas l'examen de lois administratives et que la condamnation pécuniaire n'atteint que l'Etat propriétaire ou contractant dans les termes du droit commun.

Cette règle souffre deux exceptions :

1^o Les actions relatives aux fonctions de puissance publique sont, au contraire, de compétence administrative, parce que le fonctionnaire agit alors avec des prérogatives spéciales exorbitantes du droit commun, que l'examen de ses actes de commandement entraînerait la critique de ses prérogatives établies par des lois administratives ;

2° Certaines actions concernant des fonctions de gestion sont par des textes spéciaux déferés à la compétence administrative par exemple en matière de Travaux publics.

Telle est bien encore, en réalité, la théorie de la Cour de Cassation. Bien qu'elle se conforme dans les espèces qui lui sont soumises, aux décisions du tribunal des conflits, elle a soin dans les attendus de ses arrêts de se déclarer incompétente parce qu'elle ne peut « condamner l'Etat puissance publique » (1). Elle attribue, inexactement il est vrai, la qualité d'actes de puissance publique à des actes de gestion de services publics ; mais du moins dans la forme, elle applique purement et simplement le principe que nous avons posé, à savoir : l'attribution aux tribunaux administratifs de la connaissance des actes de puissance publique et aux tribunaux judiciaires de celle des actes de gestion.

La théorie, qui applique plus rigoureusement la distinction de la gestion et de la puissance publique en attribuant à l'autorité judiciaire la connaissance des litiges relatifs aux fonctions de gestion du domaine privé et les services publics des personnes administratives, est basée sur un principe juridique. Elle soustrait à l'arbitraire, et pour le principe même de la responsabilité et pour la compétence, les relations de l'Etat avec ses fonctionnaires ou avec les tiers. Admettre non seulement que l'administration peut se soustraire à la responsabilité mais encore qu'elle est juge de cette responsabilité c'est lui reconnaître le droit de se soustraire au Droit lui-même, c'est mettre la puissance publique au service d'une gestion privée, c'est ce qui, dans bien des cas, constitue un détournement de pouvoir.

1. Cass., 19 novembre 1883, D. 84. 1. 247. « Attendu qu'il n'appartient qu'à l'autorité administrative de connaître des actions tendant à faire condamner l'Etat, puissance publique, comme responsable du fait ou de la négligence de ses agents dans l'exécution d'un service public... »

Le moindre acte, fait en vue de l'exécution de services publics, crée un litige de la compétence des tribunaux administratifs. L'achat d'une main de papier ou d'une boîte de plumes pour les bureaux d'un ministère ou d'une mairie peut obliger le papetier qui les a vendues à s'adresser au Conseil d'Etat pour en obtenir le paiement.

Le progrès du droit consiste, au contraire, dans la disparition de tout pouvoir arbitraire, de toute responsabilité facultative, dans la détermination toujours précise des droits et des obligations de l'Etat (1), dans le développement continu des garanties des droits des citoyens. Malgré les services éminents rendus par la justice administrative à la cause du droit public, nous pensons que la question de la responsabilité doit être résolue par les tribunaux judiciaires.

§ 2. — *Responsabilité des fonctionnaires* (2). — *La faute personnelle et la faute de service.*

« La société, dit la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, a le droit de demander compte à tout agent public de son administration » (3).

Cette responsabilité peut se présenter dans deux circonstances : 1^o en cas de résiliation de mauvaise foi de son contrat, le fonctionnaire de gestion est soumis vis-à-vis de l'Etat à la même responsabilité que tout employé vis-à-vis de son patron ; 2^o en cas de faute préjudiciable à un tiers.

La première hypothèse n'offre aucun intérêt spécial à notre matière, elle ne constitue que l'application du droit commun.

1. Conclusions du commissaire du gouvernement dans l'affaire Blanco, S. 73. 2. 155.

2. Nous ne parlons que de la responsabilité civile pour laquelle seule la distinction des fonctions de gestion et des fonctions d'autorité a de l'intérêt.

3. Constitution des 3-14 septembre 1791 : préambule, art. 15.

La seconde au contraire offre ici un intérêt particulier.

L'administré, qui a subi un préjudice par le fait d'un agent de l'Etat, peut en demander la réparation, non pas seulement à l'Etat, auquel cependant il s'adresse directement dans la plupart des cas, mais encore au fonctionnaire.

On ne saurait admettre qu'un fonctionnaire agissant dans la limite de ses pouvoirs et avec le zèle nécessaire soit personnellement responsable du préjudice commis ; on ne peut imposer au juge l'obligation de payer une indemnité à l'accusé qu'il a injustement, mais de bonne foi, condamné. Inversement, on n'a jamais pensé que l'Etat devrait répondre des fautes grossières ou même volontaires de ses agents.

Il y a donc une responsabilité de l'Etat et une responsabilité des fonctionnaires.

C'est l'Etat qui est directement responsable de ses organes ; il ne l'est qu'indirectement de ses préposés (1).

Quand l'Etat attaqué met en cause le fonctionnaire ou quand le fonctionnaire poursuivi met en cause l'Etat, il faut déterminer qui, en définitive, supportera la responsabilité. La jurisprudence a répondu par une distinction rationnelle : l'Etat est responsable du préjudice causé par l'exercice normal de la fonction, par les actes même fautifs qu'un agent d'une activité et d'un zèle ordinaires n'aurait pu commettre. Le fonctionnaire, au contraire, supporte personnellement les conséquences dommageables des fautes qu'une attention normale l'eût empêché de commettre.

Une difficulté peut se présenter : un acte constituant par lui-même une faute personnelle a cependant été exécuté sur l'ordre du supérieur hiérarchique ; devient-il, par suite de cet ordre auquel n'a fait qu'obéir l'agent, un acte de la fonction ou demeure-t-il un acte personnel ? C'est pour la

1. Voir le paragraphe précédent.

solution de cette difficulté qu'il faut avoir recours à notre théorie, comme la jurisprudence en définitive est arrivée à le faire.

Pendant longtemps la jurisprudence a pensé que l'ordre du supérieur hiérarchique conférait nécessairement dans tous les cas le caractère d'acte de la fonction à l'acte du subordonné. Les fonctionnaires doivent en effet obéissance à leur supérieur ; c'est là une des obligations de leur fonction ; en exécutant l'ordre donné ils remplissent donc une obligation de leur fonction, ils font un acte professionnel, un acte de fonction. Peu importe le caractère légal ou illégal, régulier ou irrégulier de l'ordre donné, du moment qu'il émanera d'une autorité supérieure, qu'il interviendra sur un objet de sa compétence et dans un cas où obéissance lui est due.

On fonde cette opinion sur une analogie avec la solution du Code pénal. Celui-ci (1) exempte de toute responsabilité pénale le fonctionnaire qui a commis un délit sur l'ordre de son supérieur hiérarchique ; il le considère comme ayant accompli un acte obligatoire, un acte de sa fonction.

Tel fut le système de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat avant la création du tribunal des conflits (2).

Dans une seconde opinion, on refuse, au contraire, d'attribuer un caractère administratif à l'acte du subordonné pour ce seul motif qu'il est accompli conformément à l'ordre du supérieur hiérarchique : il garde son caractère propre d'acte de fonction ou d'acte personnel. En effet, les textes du Code pénal, sur lesquels se fondait la théorie précédente, n'ont pas de portée en droit civil ; ils ne tran-

1. C. P., a. 114, 184, 190.

2. Cass., 3 avril 1866, S. 66. 1. 277 ; Conseil d'Etat, 20 janvier 1866, Lebon, p. 1372 ; 31 mars 1866, p. 1373 ; 3 novembre S. 69. 2. 312.

chent qu'une question de responsabilité pénale. On peut concevoir en effet deux solutions différentes dans l'un et l'autre domaine. La loi peut considérer l'ordre donné par le supérieur comme une excuse suffisante pour exempter le fonctionnaire de peines délictuelles, toujours graves, sans cependant absoudre complètement le fonctionnaire responsable de l'exécution d'un ordre illégal. Le législateur a considéré la responsabilité civile comme une sanction suffisante ; c'est pourquoi il a repoussé l'application d'une pénalité.

D'ailleurs, les trois articles du Code pénal sont relatifs à trois hypothèses particulières et ne posent même pas, en règle générale, l'irresponsabilité du fonctionnaire au point de vue pénal pour les actes accomplis sur l'ordre d'un supérieur. Comme toutes dispositions d'exception, ils ne peuvent pas être étendus par voie d'analogie.

Enfin, comme nous l'avons nous-même montré, le fonctionnaire a généralement un droit propre à l'exercice de la fonction ; il tient son pouvoir de la Constitution et de la loi, non de son supérieur hiérarchique soumis lui-même aux mêmes obligations pour la légalité de ses actes. Il ne peut donc rien faire qui soit contraire à la loi, puisque son pouvoir n'existe plus dès qu'il excède sa compétence, dès qu'il sort des termes de la loi, même sur l'ordre de son supérieur qui ne peut lui déléguer sur pouvoir qu'il n'a pas.

La théorie précédente serait donc extrêmement dangereuse ; en enlevant au fonctionnaire le souci de sa propre responsabilité dans la violation de la loi, elle ouvre la porte au coup d'Etat. Le législateur ne peut avoir eu une telle pensée.

Cette solution serait rigoureusement exacte si, en toute circonstance, le fonctionnaire avait un pouvoir propre de

puissance publique, s'il était toujours un organe de la souveraineté dont il tient son pouvoir.

Mais, à côté des organes, il y a les préposés qui n'ont aucun pouvoir propre. La question de savoir si la faute commise sur l'ordre du supérieur hiérarchique est une faute de service ou une faute personnelle dépend donc de notre distinction.

D'autre part, il y a des fonctionnaires de puissance publique. Ils sont les organes de la souveraineté, ils ont le droit de faire exécuter immédiatement leurs ordres par la force publique qui est à leur disposition; ils jouissent, dans l'exécution des ordres de leurs supérieurs, d'une liberté considérable. On leur indique un but, on ne leur fixe pas les moyens de l'atteindre. Ils ont ainsi une très large initiative, l'exécution est plus leur fait personnel que celui du supérieur : la faute leur est donc propre, parce qu'elle est commise dans le choix des moyens d'exécution.

D'ailleurs, c'est uniquement pour les fonctionnaires de puissance publique que l'obéissance passive serait dangereuse, nous l'avons vu; c'est donc pour eux seulement qu'il est nécessaire d'établir la responsabilité personnelle.

Au contraire, les fonctionnaires de gestion, les préposés, ne sont pas des organes de la puissance publique; ils n'ont, en général, qu'une initiative très limitée; ils agissent, dans la plupart des cas, sur l'ordre d'un fonctionnaire d'autorité et les règles de leur gestion sont strictement déterminées par des règlements administratifs ou même par l'ordre qu'ils reçoivent. L'acte de l'inférieur, qui est aussi dans un état de subordination nécessaire à la marche régulière des services, devient entièrement l'acte du supérieur, c'est-à-dire un acte administratif qui, s'il est dommageable, constitue une faute de service.

Ce système est ainsi fort logique et d'ailleurs peu dan-

gereux, puisque ces fautes ne peuvent constituer des abus d'autorité, celle-ci faisant défaut dans les opérations administratives des fonctionnaires de gestion.

Ce système a, en outre, l'avantage de se concilier avec le maintien de l'obéissance passive dans les cas où elle est indispensable ; il assure de plus la responsabilité dans le cas où il y a le plus de dangers d'abus. C'est celui qui semble avoir été adopté par le tribunal des conflits.

Celui-ci a en effet considéré comme des fautes de services les actes dommageables de fonctionnaires de gestion tels que la révocation d'un employé par le directeur d'une maison centrale agissant sur l'ordre du ministre (1), l'engagement pris par un conducteur des ponts et chaussées sur l'ordre de l'ingénieur devant un jury d'expropriation (2), la liberté laissée par un receveur des postes au préfet, agissant en vertu de l'article 10 du Code d'instruction criminelle, de saisir, illégalement en fait, des circulaires et portraits d'un chef de parti politique (3).

Au contraire, le même tribunal a considéré comme des actes personnels du fonctionnaire les actes dommageables d'agents de l'autorité tels que la saisie opérée illégalement par un préfet, même sur l'ordre du ministre de l'intérieur (3), l'ordre d'enlever les affiches d'un candidat donné par un sous-préfet sur l'injonction du ministre de l'intérieur (4), l'expulsion fautive d'un indigène par un caïd exécutée sur l'ordre de l'administrateur d'une commune mixte (5) l'insertion par un maire au tableau rectificatif des motifs pour lesquels il opère la radiation d'un élec-

1. Conflits, 1^{er} juin 1889, S. 91. 8. 73.

2. Conflits, 7 juillet 1883, S. 85. 3. 42.

3. Conflits, 25 mars 1889, S. 91. 3. 32.

4. Conflits, 15 février 1890, S. 92. 3. 71.

5. Conflits, 11 juillet 1891, S. 93. 3. 65.

teur, motifs étrangers à l'objet légal de la publication du tableau (1), l'expulsion de la salle des séances d'un conseiller municipal exécutée par le maire à l'aide des agents de la force publique (2).

Ainsi, le directeur d'une maison centrale, le conducteur des ponts et chaussées, le receveur des postes, fonctionnaires de gestion, bien qu'ils agissent sur l'ordre d'un supérieur hiérarchique, commettent des fautes de service, c'est-à-dire ne sont pas personnellement responsables du dommage qu'ils ont causé ; au contraire, les fonctionnaires de puissance publique, comme le préfet, le caïd, le maire, commettent, dans les mêmes circonstances, des fautes personnelles, parce qu'ils ont un pouvoir propre.

Comme nous venons de le voir, la distinction des fonctions de gestion juridiquement établie, est féconde en jurisprudence ; elle nous donne la solution définitive de controverses sur lesquelles l'accord ne semblait pouvoir se faire. Elle est particulièrement heureuse dans la solution de la question de responsabilité soit de l'Etat, soit du fonctionnaire.

Mais elle n'indique pas seulement au juge comment il doit appliquer la règle de droit ; il montre au législateur sur quelle base il doit établir la loi.

1. Cass. crim., 20 février 1896, S. 96. 1. 473.

2. Montpellier, 3 juillet 1886, S. 89. 2. 185.

SECTION II

Législation relative à quelques droits actuellement en discussion.

§ 1^{er}. — *Droit d'admission aux fonctions publiques.*

La déclaration des droits de l'homme a prononcé « l'égalité admissibilité de tous aux fonctions et emplois publics » ce qui n'est qu'une application particulière du principe général de l'égalité civile (1).

Mais ce droit suppose chez les candidats une égalité d'aptitude. Cette aptitude est déterminée par la loi qui restreint ainsi l'exercice des droits par des conditions d'admission relatives au sexe, à la nationalité, aux opinions religieuses ou politiques, à la capacité technique déterminée par un concours.

Tous ces points, les législateurs ou la pratique administrative les tranchent au hasard des circonstances et suivant les préoccupations politiques du moment, sans qu'un principe général permette d'établir une règle définitive, garante des prérogatives individuelles. Ce principe général, nous pensons qu'on peut le trouver dans notre distinction des fonctions de gestion et des fonctions d'autorité.

a) *Conditions relatives au sexe.* — L'admission des femmes aux fonctions publiques est le sujet constant des revendications féministes. Dans les pays où les femmes jouissent non seulement des droits civils, mais encore des droits politiques, il n'y a aucune bonne raison de refuser aux femmes

1. ESMEIN : *Droit Constitutionnel*, p. 351.

l'accès des fonctions publiques : pouvant contribuer à la manifestation de la volonté générale par leur vote, elles doivent, à plus forte raison, pouvoir contribuer à son exécution par l'exercice d'une fonction, même de puissance publique. Ainsi, dans plusieurs Etats de l'Amérique du Nord, dans le Wyoming, dans le territoire de Washington, les femmes peuvent être maires, juges, etc. (1).

Mais, dans la plupart des Etats, la femme n'a que les droits civils et non les droits politiques. Il est donc rationnel que, n'ayant des prérogatives égales à celle du citoyen qu'au point de vue du droit civil, elle ne soit susceptible de remplir que des fonctions de gestion et non des fonctions d'autorité. En effet, la fonction de puissance publique, comme le droit de vote, est une manifestation de la souveraineté : le législateur, ne reconnaissant pas à la femme la capacité d'exprimer cette souveraineté par son vote, doit lui refuser également le pouvoir de l'exprimer par l'exercice d'une fonction publique. De même un condamné à une peine afflictive et infamante perd, avec ses droits électoraux, la capacité d'être fonctionnaire.

Au contraire, la fonction de gestion n'a pas un caractère public par elle-même : elle ne l'acquiert que par la qualité du patron. Or, de même que des femmes sont employées dans des administrations privées, de même elles peuvent remplir les mêmes fonctions dans une administration publique. C'est ainsi, qu'en France, on les admet dans l'Université pour l'enseignement primaire et secondaire, dans les postes, les télégraphes, les téléphones, etc. Il n'y aurait

1. M. CHAVEGRIN : *Cours de droit constitutionnel comparé*, professé à la Faculté de droit de Paris, 1897-1898 ; OSTROGORSKI : *Les droits publics de la femme* ; HENRY NÉZARD : *Les droits de la femme* (Conférence faite à la Société d'Instruction populaire de l'Yonne, février 1899, *Bulletin de la Société d'Instruction populaire de l'Yonne*, 1898-1899).

aucun obstacle à ce qu'on les employât dans les bureaux des grandes administrations, les ministères(1) etc., toutes occupations qui ne comportent pas l'exercice de la puissance publique.

b) *Nationalité*. — C'est un principe d'ordre public et de sûreté générale que la puissance publique ne puisse être exercée en France par des étrangers. Par suite toutes les fonctions d'autorité doivent être réservées aux nationaux. Mais le même argument n'a plus de force quand il s'agit de fonctions de gestion : l'Etat emploie fréquemment des ouvriers étrangers dans ses manufactures, des professeurs étrangers dans ses facultés, ainsi Rossi, quoiqu'étant de nationalité italienne, professa à la Faculté de Droit de Paris.

Cependant d'anciennes ordonnances exigeaient la qualité de Français pour remplir les fonctions publiques (2). Elles étaient si peu observées que souvent, même à la tête de nos armées, nous avons eu des généraux étrangers, comme Maurice de Saxe à Fontenoy. Aujourd'hui, l'article 16 de la loi du 18 Germinal an X, exige pour le candidat à un siège épiscopal la qualité de français d'origine, en excluant les naturalisés.

De récents projets de loi ont voulu étendre cette condition à toutes les fonctions publiques. En 1895 un projet de résolution de MM. de Montfort et de Mahy (3), une proposition de loi des mêmes auteurs (4), une autre de MM. Miche-

1. Une innovation en ce sens vient d'être faite en 1900 au Ministère du commerce pour un concours de dactylographes.

2. Ordonnance de 1499 et de 1525 (article 92).

3. Chambre des députés : 25 mai 1895. — Chambre des députés, *Journal officiel*, session extraordinaire de 1875, annexe, 1711.

4. Chambre des députés, 7 décembre 1896. *Journal officiel*, annexe 2, p. 1539.

lin, Argelies, Cluseret, etc., exigent que, pour être admis dans toutes les commissions et conseils délibérants ou consultatifs, dans le corps judiciaire, dans les différents clergés, dans les conseils d'administration des compagnies chargées d'un service public, le candidat soit non seulement citoyen ou sujet français mais encore français d'*origine*.

Ce second projet, en même temps qu'un autre identique de M. de Pontbriand (1), fut l'objet d'un rapport défavorable de M. Sauzet (2). Une nouvelle tentative de M. de Mahy en 1897 fut plus heureuse en faisant l'objet d'un rapport favorable de M. Girault (3).

Le motif invoqué par ces auteurs est celui précédemment indiqué, à savoir que la puissance publique ne peut être exercée que par des nationaux ; ce principe ne s'applique pas du tout cependant aux fonctions de gestion. Les fonctions de gestion peuvent donc rester ouvertes aux étrangers. Une restriction serait nécessaire à cette faculté, comme le propose M. de Mahy, lorsque le service public intéresse la défense nationale ; il en est ainsi des chemins de fer, des lignes télégraphiques, terrestres ou sous-marines, des arsenaux militaires et maritimes.

Les projets exigent la qualité de français d'origine, afin que le fonctionnaire ne conserve plus aucun lien d'intérêt ou d'affection avec l'étranger.

Cette incapacité attachée à la qualité de naturalisé serait-elle en harmonie avec la législation de 1889 et de 1893 qui ouvre si largement aux étrangers la nationalité française,

1. Chambre des députés, 10 janvier 1895, *Journal officiel*, annexe 1127.

2. Chambre des députés, 11 février 1897, *Journal officiel*, annexe 2275.

3. Chambre des députés, 7 juillet 1897, *Journal officiel*, annexe 2625.

et cette déchéance est-elle bien logique, quand la naturalisation a été une faveur accordée à l'étranger pour services éminents rendus à la France? Celui-ci a déjà sans doute mieux servi sa nouvelle patrie que bien des nationaux.

La première de ces objections disparaît dans une nouvelle proposition de M. de Mahy (1) : au lieu d'exiger la condition de nationalité française pour tous les fonctionnaires publics, il la limite aux « agents du Gouvernement ou dépositaires de l'autorité publique », c'est-à-dire aux seuls fonctionnaires d'autorité, laissant à l'Etat toute latitude pour le choix de ses fonctionnaires de gestion.

C'est en effet la solution modérée, logique et rationnelle apportée au droit des étrangers : ils jouissent, en France, de droits civils, mais non de droits politiques, ils doivent pouvoir être fonctionnaires de gestion, mais non fonctionnaires d'autorité (2).

c) *Religion*. — On comprend que dans un pays où il y a une religion d'Etat, comme dans l'Empire romain, l'Etat exige des fonctionnaires d'autorité qu'ils fassent profession de foi orthodoxe ; cette prétention est moins justifiée pour les fonctionnaires de gestion. D'ailleurs la neutralité religieuse de l'Etat est maintenant à peu près universelle : même dans les pays où, comme en Russie, le chef de l'Etat

1, 25 octobre 1898. *Doc. Parlem.* Chambre des députés 1898, annexe 273, p. 273.

2. A l'étranger, les lois sont généralement muettes sur la question de nationalité. En Wurtemberg, l'a. 44 de la Constitution du 25 sept. 1859 indiquait qu'« à capacité égale, les indigènes doivent être préférés aux étrangers », mais cette disposition, d'ailleurs toute relative, est encore plus large depuis l'établissement de l'indigénat allemand (art. 3. Constitution de l'empire allemand) et tous les membres des Etats allemands ont les mêmes droits que les Wurtembergeois.

est en même temps le chef de la religion, les citoyens non orthodoxes sont nommés aux fonctions publiques. Autrefois la Norvège (1) exigeait cependant que le candidat à ces fonctions professât la religion d'Etat ; la loi constitutionnelle du 15 juin 1878 (2) permet des exceptions législatives à cette règle générale dont différents parlements ont usé (3) ; et celle du 4 juin 1892 a permis de faire disparaître à peu près ce vestige de l'intolérance religieuse (4).

d) *Conditions politiques.* — Nous avons montré les graves inconvénients du système américain qui fait de tous les fonctionnaires des agents politiques et du système allemand qui permet à des agents du Gouvernement de combattre les desseins de celui-ci. La solution rationnelle est entre ces deux solutions extrêmes. Elle peut encore être réalisée par la distinction des fonctions d'autorité et des fonctions de gestion.

Le Gouvernement a un droit absolu au dévouement des premiers (5) : c'est un droit corrélatif de sa responsabilité et qui est la conséquence de tout Gouvernement parlementaire.

La politique est au contraire complètement étrangère aux services techniques. Il convient donc de leur laisser sur ce point une liberté absolue qu'aucun motif ne permet de leur enlever (6).

1. Art. 92 de la Constitution.

2. *Ann. leg. étr.*, IX^e année, p. 616.

3. Loi du 14 juin 1880. *Ann. leg. étr.* IX^e année, p. 549.

4. Cf. Loi du 6 juillet 1892. — *Ann. leg. étr.*, XXIII^e année, p. 658.

5. Voir BEAUSSIRE : *Les principes du droit*, Paris, 1888, p. 168.

6. BEAUSSIRE : *op. cit.*, p. 169. « Un gouvernement peut-il per-

On le discute cependant. Examinons donc les différentes conditions politiques qu'on peut imposer aux candidats.

1^o *Serment*. — Il doit en être ainsi pour le *serment politique* (1). Le serment très important sous l'ancienne monarchie a été aboli par la Révolution Française (arrêté du 7 nivôse an VIII) qui lui substitua la simple formule : « Je promets fidélité à la Constitution ». Le premier Empire le rétablit par les décisions spéciales à chaque catégorie de fonctionnaires et exigea qu'il fut préalable à la fonction, sous peine de forfaiture (article 196 du Code pénal). Il a été aboli de nouveau par le décret du 5 septembre 1870 et celui du 11 septembre 1870 qui maintiennent le serment professionnel. Celui-ci n'est d'ailleurs exigé que pour certaines fonctions (2).

mettre que ceux, qui reçoivent de lui un salaire, parlent, écrivent ou agissent contre ses institutions, sa politique ou les croyances qu'il couvre de sa protection ! — Pourquoi non, s'ils ne violent aucune loi, s'ils ne font qu'user des droits que vous laissez aux autres citoyens et si l'usage qu'ils en font ne nuit en rien à l'exercice de leurs fonctions ? que fait à cela leur salaire ? c'est la récompense de services rendus, non au gouvernement, mais à la nation tout entière. Les traitements des fonctionnaires publics sont demandés à tous les contribuables, sans distinction d'opinion, aux adversaires politiques comme aux partisans du gouvernement. Et ceux qui les paient réellement n'entendent pas favoriser telle ou telle opinion, mais assurer la meilleure gestion possible de chaque fonction spéciale ; sur ce point, tous sont d'accord ; ils ne cessent de l'être que lorsqu'on considère les intérêts qui les divisent, non ceux qui les réunissent. Or, si les fonctions politiques ne peuvent pas faire abstraction des premiers, les autres fonctions ont l'avantage de ne s'adresser qu'aux seconds ».

1. JEANVROT : *La question du serment*, Paris, 1882. CHAMPEAUX : *Le droit civil ecclésiastique*, p. 431.

2. Voir notamment : loi du 6 octobre 1791 pour les commissaires de police ; loi du 22 août 1790 pour les agents des postes ; les décrets des 22 et 27 mars 1852 pour les magistrats ; du 5 avril 1852

Le serment en lui-même, est critiquable. Cet acte religieux par lequel on prend comme témoin de son engagement un dieu vengeur et rémunérateur ne signifie rien pour ceux qui ne professent aucune religion ; c'est au contraire une atteinte à leur liberté religieuse. Il est également inutile pour ceux qui professent une religion, car celle-ci leur commande de remplir leurs obligations, le serment n'est donc dans ce cas qu'une superfétation. Enfin, au point de vue juridique, il n'a aucune valeur, puisque sa violation n'a pas de sanction légale, ne constitue même pas une aggravation de la faute disciplinaire qui est commise. Le serment politique ou professionnel doit donc être supprimé.

Mais, si le serment politique existe, un gouvernement respectueux du droit, ne doit l'exiger que des fonctionnaires de puissance publique, car ceux-là seuls ont une action politique, et non des fonctionnaires de gestion qui d'ailleurs ne peuvent le gêner dans sa politique.

2^o *Education*. — Un mouvement d'opinion semble vouloir exiger également des fonctionnaires, qu'ils aient reçu leur éducation dans un établissement de l'Etat. On cherche ainsi surtout à obtenir leur neutralité confessionnelle en excluant les élèves des congrégations religieuses. Tel est le but d'une proposition de M. Berteaux à la commission du budget le 24 octobre 1899 (1), d'une proposition de loi de M. Albert Poulain (2), visant directement les élèves des

pour les greffiers, du 1^{er} mars 1854 pour les gendarmes ; la loi du 29 floréal an X pour les ingénieurs des Ponts et Chaussées ; du 15 avril 1829 pour les garde-pêche ; le décret du 15 juillet 1854 pour les officiers de port, etc.

1. *Le Temps*, 26 octobre, p. 3. col. 2.

2. Chambre des députés : séance du 24 novembre 1898. Doc. Parlem. session ordinaire, 1898, annexe n. 416, p. 322, rejet de l'ur-

congrégations religieuses, et d'un projet de loi déposé par le Gouvernement lui-même sur le bureau de la Chambre dans la session de 1899 (1). On a même pensé qu'il convenait d'empêcher toute manifestation politique ou religieuse des fonctionnaires, en leur interdisant, par exemple, d'envoyer leurs enfants dans une école autre que celle de l'Etat, du département ou de la commune (2).

Quelle que soit l'opinion que l'on professe sur des matières aussi délicates, il est rationnel que la question ne puisse se poser que pour des fonctionnaires d'autorité qui sont liés à la politique du gouvernement (3) et non pour les

gence. « La République, dit M. Albert Poulain, ne peut être bien servie que par ceux qu'elle élève, qui apprennent à l'aimer en apprenant à lire et à penser ».

1. Il est ainsi commenté dans un discours de M. Waldeck-Rousseau président du Conseil, prononcé à Toulouse le 28 octobre 1900 : « On a érigé en doctrine que les exigences de l'Etat à l'égard de ceux qu'il emploie ne doivent pas aller au-delà d'une neutralité résignée et par là toute prête à tourner, si la fortune semble indécise, en hostilité ou déguisée, ou même ouverte. La règle fondamentale d'une politique républicaine doit donc être de n'accorder sa confiance qu'à ceux dont elle peut attendre un concours loyal et résolu ; or. l'expérience a montré qu'on ne peut sans aveuglement espérer l'obtenir de ceux qui ne sont pénétrés ni de son esprit, ni de ses traditions, ni de ses principes, à plus forte raison, doit-elle exiger de ceux qu'elle a choisis ce loyalisme absolu et élémentaire qui ne permet pas qu'ils répudient son enseignement et tournent le dos à ses écoles. Ceux qui n'ambitionnent pas d'entrer dans les fonctions publiques peuvent se préparer, où et comme ils veulent, aux innombrables professions libérales, commerciales ou industrielles qui leur sont ouvertes, mais le service de l'Etat n'est pas une profession, c'est une fonction, et si son enseignement blesse une conscience, comment n'éprouve-t-elle pas un scrupule au moins à le servir ? »

2. Proposition de M. Berteaux à la commission du budget, 24 octobre 1899. *Le Temps*, 26 octobre 1899.

3. Le projet de l'Etat ne fait cependant pas cette distinction, il propose d'imposer ce stage scolaire à tous les fonctionnaires.

fonctionnaires de gestion qui doivent jouir d'une large liberté (1).

3^o *Concours*. — Le concours donne, disent les uns, un niveau intellectuel plus élevé au corps des fonctionnaires et écarte l'intrigue, le favoritisme. D'autres répondent que les qualités d'administration ne sont pas toujours de celles qui apparaissent dans un concours et que les plus intelligents ne sont pas toujours les meilleurs administrateurs.

En France, il y a des fonctions publiques dont l'entrée est ouverte à ceux qui passent un concours, comme l'inspection des finances ; d'autres qui s'obtiennent au choix, comme la magistrature ; beaucoup mêmes pour lesquelles ces deux portes sont ouvertes, comme l'admission au Conseil d'Etat ; sans qu'on puisse invoquer des raisons plausibles pour justifier ces différences.

Le principe qui doit faire appliquer, tantôt la nomination au choix, tantôt la nomination au concours, est encore constitué par notre classification. Les fonctions d'autorité ou au moins les fonctions politiques ne peuvent être données au concours : il faut laisser au Gouvernement le libre choix de ses agents dans la nomination comme dans la révocation, car il est responsable devant le Parlement de leur action politique et de l'application des lois.

1. Est-il nécessaire d'en faire un projet de loi ? Est-ce que les conditions de l'éducation et de l'enseignement ne sont pas généralement prises en considération par le gouvernement et ne peut-il le faire sans qu'une loi en pose le principe, puisqu'on lui accorde le libre choix de tous les fonctionnaires d'autorité ? L'équité et même l'action politique seront encore satisfaites, car l'éducation ne fait pas l'opinion politique.

Mais cette responsabilité est gouvernementale et les fonctions de gestion demeurent étrangères à la politique : les employés de gestion doivent donc avoir des garanties plus sérieuses pour leur admission et leur révocation ; l'Etat y trouvera lui-même des fonctionnaires techniques plus capables, car le concours opère une sélection et les garanties accordées attirent les plus instruits. C'est ce qu'ont en vain essayé d'instituer les Etats-Unis, dont les mœurs politiques ne s'accommodent pas d'un pareil système (1).

C'est ce qu'ont tenté chez nous M. Marcel Barthe (2) et M. de Lorgeril (3) ; ces auteurs opposent nettement, suivant la classification que nous avons adoptée, la liberté du choix des fonctionnaires politiques et judiciaires et la nécessité du concours d'admission aux fonctions techniques.

En résumé, pour l'admission aux fonctions publiques, le législateur ne peut que s'inspirer de notre distinction de principe : les fonctionnaires d'autorité ne peuvent qu'être français et professer les mêmes opinions politiques que le Gouvernement, qui doit en avoir le libre choix ; les fonctionnaires de gestion doivent jouir d'une plus large tolérance pour la nationalité, les opinions politiques ou religieuses, et devoir à un concours leur nomination.

1. Aux Etats-Unis, la loi du 16 janvier 1883 a bien modifié dans les termes la situation antérieure (voir ci-dessus p. 359) ; elle prescrit un concours pour les fonctions classifiées. Mais il y a très peu de fonctions qui entrent dans la classification, les plus importantes y sont soustraites ; d'autre part ces concours, quand ils existent, sont d'un niveau tellement inférieur que tous les candidats peuvent y satisfaire et les influences politiques y jouent un rôle plus considérable que la capacité du candidat.

2. Sénat, 16 juillet 1885, *l. c.* Voir ci-dessus p. 553.

3. Voir ci-dessus p. 554.

§ 2. — *Du droit d'association et de coalition des fonctionnaires.*

La qualité de fonctionnaire public conférant des prérogatives spéciales, peut par conséquent entraîner la déchéance de certains droits publics incompatibles avec la nature des services à remplir. On s'est demandé si le fonctionnaire soumis à l'autorité de l'Etat pouvait jouir du droit d'association et du droit de grève, reconnus à tout citoyen français employé chez un patron.

La solution de cette question nous est encore dictée par notre théorie de la fonction publique. Les fonctionnaires de gestion contractant avec l'Etat un louage de services, dans les termes du droit commun, restent soumis pour leurs droits civiques et dans la résiliation de leurs engagements au droit commun des ouvriers et des employés des particuliers ; ils peuvent donc s'associer et se coaliser pour faire grève, sauf restriction légale. Les fonctionnaires d'autorité, au contraire, tenant leur qualité d'un acte de puissance publique indiscutable, soumis à un régime légal, unilatéral, dépositaires de l'autorité publique qu'ils ne pourraient refuser d'exercer si l'Etat voulait les contraindre à le faire, ne peuvent s'associer pour se défendre ou faire grève contre celui-ci sans renverser le principe et l'essence même de la souveraineté.

La coalition des fonctionnaires d'autorité est nettement prohibée par les articles 123 et suivants du Code pénal⁽¹⁾ ;

1. Article 123. « Tout concert de mesures contraires aux lois, pratiqué soit par la réunion d'individus ou de *dépositaires de quelque partie de l'autorité publique*, soit par députation ou correspondance entre eux, sera puni d'un emprisonnement de deux mois au moins et d'un an au plus, contre chaque coupable, qui pourra de plus être condamné à l'interdiction des droits civiques et de tout emploi public pendant dix ans au plus ».

on a déclaré que ces articles s'appliquaient à tous les fonctionnaires en général. L'administration, comme nous l'avons déjà montré, prétend jouir d'un pouvoir arbitraire et incontrôlable vis-à-vis de ses agents, et, jalouse de son pouvoir discrétionnaire, ne s'en départit pas aisément.

1^o *Droit d'association.* — L'exercice du droit d'association a cependant parfois été toléré pour certains fonctionnaires de gestion : ainsi les ouvriers des fabriques d'allumettes ont usé de la loi de 1884 sur les syndicats professionnels ; le Parlement a indiqué sa volonté de voir cette loi appliquée aux employés des chemins de fer de l'Etat en renversant en 1894 le ministère Casimir Perrier qui avait refusé cette application. En 1882, s'est fondée, sous les auspices de Paul Bert et de Jules Ferry, l'association des maîtres répétiteurs, association dissoute en 1897 par M. Rambaud, et en 1884 l'association des professeurs des classes élémentaires. Aux congrès du Havre en 1885 et de Paris en 1887, les instituteurs tentèrent de fonder « l'Union nationale des Instituteurs français », mais le 20 septembre 1887, le Ministre de l'Instruction publique, M. Spuller, envoyait aux préfets une circulaire manifestant son intention de s'opposer à la constitution de cette association. En 1895-1896, les professeurs de l'enseignement secondaire tentent de fonder également une association professionnelle qui n'est pas autorisée.

L'administration supérieure ne veut souffrir aucune atteinte portée à son pouvoir discrétionnaire, aucune autorité qui se dresse en face d'elle pour discuter ses ordres avec la force morale que donne le nombre ; elle s'efforce par tous les moyens possibles d'empêcher les associations des fonctionnaires de gestion, qu'elle considère d'ailleurs comme illégales, et sa prétention est soutenue par un avis

du Conseil d'Etat déclarant que la loi de 1884 n'est pas applicable aux fonctionnaires.

La loi de 1884 a, en effet, créé les syndicats professionnels pour permettre aux ouvriers des différentes corporations de se réunir afin de défendre leurs intérêts ; elle a voulu faciliter les négociations entre les ouvriers et les patrons ou entrepreneurs de travail à leurs risques et périls, recrutant eux-mêmes leurs employés, payant les salaires avec des ressources personnelles. « Tel n'est pas le cas des administrations publiques, dit M. Barthe (1) : elles sont dirigées par des ingénieurs de l'Etat ou des agents administratifs qui ne recrutent pas eux-mêmes leur personnel et qui paient le salaire des employés avec les ressources du budget ».

L'application de la loi est si bien réservée aux ouvriers de l'industrie privée que le texte en toute circonstance ne vise que ceux-là et excepte ceux de l'Etat ; l'article 2 parle des ouvriers indépendants des divers métiers et des diverses professions, non de ceux desservant les publics ; l'article 4 exige que les fondateurs des syndicats donnent les noms de ceux qui, à un titre quelconque, sont chargés de l'administration ou de la direction de la société, ils doivent prouver que ceux-ci sont français et qu'ils jouissent de leurs droits civils et politiques. S'il s'agissait d'employés de services publics, ces vérifications seraient faites directement par l'administration qui a les dossiers de ses employés.

D'autre part, la loi ne vise que des intérêts privés et des droits particuliers ; or ici il s'agit de l'intérêt général et des droits de l'Etat. On a même soutenu que les médecins ne pouvaient se syndiquer parce qu'ils pouvaient devenir des

1. Exposé des motifs d'une proposition de loi au Sénat, *Journal offic.*, *Déb. Parlem.*, 3 février 1896, p. 50,

fonctionnaires de l'Etat ou de la commune (1) et il ne fallait pas qu'ils pussent aller discuter les droits de l'Etat dans les réunions syndicales. Le législateur a lui-même estimé que la loi de 1884 n'était pas applicable aux médecins, qui cependant ne sont pas des fonctionnaires publics, puisque, dit-on, il a été obligé de les autoriser formellement par l'article 12 de la loi de décembre 1892 à constituer des syndicats pour la défense de leurs intérêts personnels « à l'égard de toute personne autre que l'Etat, les départements et les communes ». C'est donc que les droits de l'Etat sont indiscutables, à la différence des droits d'un patron ; si, avant 1892, les médecins ne pouvaient s'associer suivant les règles du droit commun, parce qu'il leur était possible de devenir fonctionnaires, c'est donc que les fonctionnaires ne peuvent se syndiquer.

Ils le peuvent d'autant moins que les intérêts privés qui seraient en discussion et sur lesquels auraient à s'exprimer les syndicats de fonctionnaires ne sont pas librement débattus ; ils sont fixés par la loi, et les fonctionnaires, en cherchant à peser sur le législateur, abuseraient, dit une circulaire ministérielle (2) « de la parcelle d'autorité publique dont ils sont dépositaires, pour servir leurs intérêts particuliers » (3).

1. Par ex. comme médecins-experts, médecins-légistes, médecins des hôpitaux, des Enfants-assistés, etc.

2. Circulaire du ministre de l'instruction publique : M. Léon Bourgeois. Ces termes sont reproduits dans la circulaire de M. Spuller, 20 septembre 1887.

3. Une proposition de loi de M. Marcel Barthe, *Journ. offic., Déb. Parlem.*, Sénat, annexe, 1896, p. 50, a pour but de refuser le droit d'association aux différentes classes d'employés de l'Etat, elle porte : art. 1^{er} : dans un délai de trois mois, à partir de la promulgation de la présente loi, seront dissoutes comme illégales, les associations formées par des ouvriers ou employés des arsenaux et autres services publics de l'Etat, sous le nom de syn-

Toute cette argumentation repose sur la perpétuelle confusion, que nous avons combattue, entre la gestion et la puissance publique.

Nous avons vu que l'Etat, gérant des intérêts généraux, agit comme un particulier, suivant le droit commun, et passe un louage de service avec ses employés de gestion. Il n'a donc pas d'autre situation légale en face de ceux-ci, que celle d'un patron vis-à-vis de ses ouvriers. Les intérêts qu'il régit ne sont pas d'ordre public, mais d'intérêt privé ; ainsi la question des retraites, celle de l'indemnité de déplacement obligatoire quand le déplacement a lieu pour raison de service, proposées à la discussion de l'assemblée générale que devait tenir l'association des professeurs de lycée, sont uniquement des questions d'intérêt professionnel, c'est-à-dire privé et non des questions d'ordre public, de puissance publique.

C'est bien également l'Etat qui recrute, directement ou indirectement ses agents ; les agents de gestion ne font pas de prestations de services différentes de celles qu'ils fourniraient à des particuliers ; ils ne sont que des locateurs de services et, par suite, ils peuvent se prévaloir de la loi de 1884.

L'exclusion des médecins devenant fonctionnaires, s'explique aisément, car ils deviennent le plus souvent des fonctionnaires judiciaires, commis par les tribunaux et dont les dépositions sont, dans la forme, soumises à des règles spéciales de procédure ; ils remplissent, en un mot, une fonction d'autorité.

Ce fait que les salaires sont réglés par le budget n'em-

dicats professionnels sans s'être conformés aux articles 291, 292, 293 et 294 du Code pénal, constituant le droit commun de toutes les associations autres que les syndicats professionnels créés par la loi du 21 mars 1884... ».

pêche pas la fonction de constituer un contrat, elle est alors, nous l'avons vu, soumise à un régime légal contractuel. Quant à dire qu'en usant des prérogatives de l'association, les fonctionnaires se serviraient de l'autorité publique dans leurs intérêts particuliers, c'est oublier deux choses : 1^o qu'ils n'ont pas l'exercice de puissance publique, donc ils ne peuvent en user ; 2^o que, même l'ayant, ils n'en useraient pas contre l'Etat, car cette puissance publique ne peut s'exercer que sur les tiers.

Outre l'illégalité des associations de fonctionnaires, l'administration a invoqué des considérations d'intérêt général très discutables.

Une circulaire du ministre de l'Instruction publique (1) déclarait qu'une association d'instituteurs rétablirait « sous une autre forme, les associations religieuses enseignantes ». Mais l'école est soumise à la neutralité religieuse et, par suite, il est de toute impossibilité d'assimiler une réunion d'instituteurs à une congrégation religieuse.

Craint-on, de même, que ces groupements deviennent des associations politiques et, soit qu'elles agissent dans le sens politique du gouvernement, soit en sens contraire, fassent sortir les fonctions de gestion de la neutralité politique qu'elles doivent observer ? Mais la même crainte peut se former à propos des syndicats. D'ailleurs le remède serait simple et efficace, comme le faisait remarquer M. Mirman à la Chambre le 19 novembre 1896, la loi arme le Gouvernement du droit de dissolution (2).

1. De M. Spuller, 20 septembre 1887.

2. D'ailleurs ces associations ne visent que des intérêts professionnels, ainsi l'art. 1^{er} des statuts de l'association des professeurs de l'enseignement secondaire : « Il est fondé entre les professeurs des lycées et des collèges de France et des colonies une association fraternelle ayant pour objet d'étudier en commun les améliorations morales et industrielles que comporte cette situation. »

On argue aussi de l'inutilité de la plupart de ces associations, qui pourraient être constituées par les employés d'un service public. Beaucoup de ces services, en effet, ont une organisation identique à celle des syndicats (1) ; ils ont une représentation libérale et élective, parfois semblable à celle de l'organisation universitaire. Dans l'Université, à tous les degrés de la hiérarchie, il y a des conseils élus, conseils départementaux pour l'enseignement primaire, conseils académiques pour l'enseignement secondaire, conseil supérieur de l'Instruction publique pour les trois ordres d'enseignement. Même d'autres services ont des conseils supérieurs, comme les ponts et chaussées, l'armée, dont l'avis doit être pris parfois pour rendre les mesures administratives relatives à la situation de chaque agent du service.

Cette représentation fort louable est cependant insuffisante. Elle n'existe pas d'abord pour tous les services. Même quand elle existe, elle n'exprime pas comme une association spontanée, les desiderata personnels et professionnels de tous les intéressés, car souvent ces conseils sont eux-mêmes à la discrétion des ministres qui les nomment et ils n'ont pas toute liberté, pour se prononcer.

D'autre part, même quand ils comprennent des éléments électifs, ceux-ci sont noyés au milieu de ceux qui sont nommés administrativement. Ainsi, les Conseils départementaux de l'enseignement primaire, sur quatorze membres, n'en comprennent que quatre élus par les instituteurs primaires ; ils sont présidés par l'inspecteur d'académie ; le préfet, des inspecteurs primaires, des conseillers généraux en font partie, si bien que les instituteurs délégués n'osent élever la voix ou émettre des vœux qui, d'ailleurs, seraient vite étouffés

1. M. Rambaud, ministre de l'instruction publique : séance du 2 novembre 1896. Chambre des Députés.

par les autorités présentes, s'ils déplaisaient à l'administration.

L'administration supérieure craint que la création de deux représentations parallèles amène la destruction de toute discipline hiérarchique (1). Assurément l'autorité sera mieux contrôlée dans l'exercice de ses pouvoirs disciplinaires si elle se trouve en face d'employés associés ou syndiqués, mais tout pouvoir n'est-il pas susceptible d'abus et le contrôle serait-il un mal ? Est-ce que ces abus ne deviendraient pas plus rares avec un équilibre plus parfait des forces opposées ?

D'ailleurs est-ce que, dans les grandes sociétés privées, le pouvoir disciplinaire n'est pas aussi fort et la discipline aussi stricte que dans les administrations publiques ?

Cependant, leurs employés ont le droit de se syndiquer et, en fait, usent fréquemment de ce droit.

En Suisse, en Allemagne, en Angleterre où il y a des fédérations nationales d'instituteurs (2), de professeurs, d'agents-voyers qui se réunissent à des époques fixes pour délibérer sur leurs intérêts professionnels, considère-t-on ces associations comme subversives ou séditeuses et leur administration se plaint-elle de son manque d'autorité vis-

1. « Il y a contradiction juridique entre de pareilles associations et la qualité de fonctionnaire public, car on ne saurait concevoir que les fonctionnaires puissent se coaliser pour se défendre mutuellement et résister au besoin plus ou moins ouvertement à l'autorité publique dans l'exercice de leurs fonctions; autoriser ces associations, ce serait substituer l'anarchie administrative à l'administration et autoriser, à côté des lois et règlements et de la direction hiérarchique qui, seules, doivent déterminer l'exercice des fonctions publiques, une direction et un gouvernement parallèles fondés sur le seul intérêt des fonctionnaires ». Circulaire ministérielle du 30 janvier 1897 (*Revue générale d'administration*, 1897, I, 499).

2. L'association nationale des instituteurs anglais compte 25.000 membres. Congrès d'Oxford, 1895.

à-vis de ses employés ? Un ministre s'effrayerait, dit-on, d'une pétition collective de plusieurs milliers de ses subordonnés ; mais la même crainte devrait aujourd'hui se manifester avec autant de vivacité, car le droit de pétition est un droit public, individuel, inviolable et personne n'a jamais prétendu, que nous sachions, que la qualité de fonctionnaire en entraîne la déchéance. Le pouvoir disciplinaire du Ministre et des autorités supérieures n'est donc pas en jeu ; il serait, au contraire, fortifié par l'adjonction de l'autorité morale que lui conférerait une association parlant au nom de tous les employés : « L'autorité ne désarme pas, disait le promoteur d'une de ces associations, en admettant à côté d'elle un pouvoir d'opinion qui n'enlève rien à sa puissance exécutive, qui peut même dans bien des cas l'éclairer et collaborer avec elle ».

C'est ce qu'ont pensé bien des législations étrangères, où cependant le pouvoir exécutif est réputé plus autoritaire qu'en France, lorsqu'elles ont reconnu aux fonctionnaires de gestion le droit d'association. Tel est le cas notamment de l'Allemagne, de l'Angleterre, de la Suisse où il y a des associations de professeurs de gymnases, d'instituteurs ; en France on a autorisé non seulement les syndicats des ouvriers de manufactures d'Etat, mais l'association des maîtres répétiteurs (1882) et celle des professeurs des classes élémentaires (1884).

2^o *Du droit de coalition.* — Les mesures concertées par des dépositaires de l'autorité publique sont un fait grave qui met en jeu la souveraineté intérieure ou même extérieure de l'Etat et à ce titre sont sévèrement punies par le Code pénal (art. 123 et s.).

Quand elles sont l'œuvre de particuliers et qu'elles ne mettent en jeu que des intérêts privés, la liberté individuelle reprend le dessus et la loi de 1864 a justement

permis aux employés de tout ordre soumis à un même patron de se concerter en vue de rompre tous en même temps leur contrat de travail. Comme d'une part les fonctionnaires de gestion ne sont pas soumis à l'article 123 du Code pénal puisqu'ils ne sont pas dépositaires de la puissance publique, et que, d'autre part, ils passent avec l'Etat, comme avec un patron, un contrat de louage de services à durée indéterminée, ils doivent nécessairement, en l'état actuel de la législation, pouvoir user de ce mode de résiliation.

Le droit de grève n'est que le droit de résiliation, à tout instant et en masse, du louage de services à durée indéterminée. C'est le droit commun, toujours applicable, quand il n'est pas limité par des clauses du contrat, volontairement acceptées de part et d'autre. Mais le fait de la résiliation en masse n'engendre pas la libération des obligations contractées. Aussi, la loi accordant aux employés le droit de rompre leur contrat à tout moment ne les a pas déclarés irresponsables des dommages que peut causer cette résolution (1).

Suivant les règles du droit commun, cette responsabilité est engagée quand la rupture a lieu de mauvaise foi (2) dans une intention malveillante, et à plus forte raison quand elle constitue la violation d'une des clauses du contrat qui imposait des formes à cette résiliation : délai de congé, ou démission en la forme régulière (3).

1. D. 97. 2. 65 et D. 70. 3. 38.

2. FERRAND, *op. cit.*, p. 330. Il y a des cas de force majeure qui font disparaître la responsabilité ; quand l'employé quitte le travail sous les menaces des autres.

3. « Cette rupture ne peut avoir lieu régulièrement qu'autant qu'elle est dénoncée par la voie régulière » disait M. Massabuau à la Chambre, 18 mai 1899, à propos du contrat rompu par les facteurs en grève.

C'est là une restriction au droit absolu de grève de la part des fonctionnaires de gestion.

Il est vrai que cette responsabilité ne sera pas souvent mise en jeu. En 1899, l'Etat n'a pas poursuivi les facteurs des postes en grève, en réparation des dommages causés au commerce parisien dont il était responsable, il s'est contenté d'en révoquer quelques-uns, ce qui constituait pour lui un droit légitime par le fait de l'abandon des services sans démission donnée préalablement en la forme voulue.

Elle constitue cependant un frein suffisant entre les mains de l'Etat qui peut légitimement en user tout en laissant aux individus la plus entière liberté.

On a cependant contesté aux fonctionnaires de gestion le droit de grève et l'administration, dans sa prétention à un pouvoir discrétionnaire, ne leur reconnaissant pas le droit d'association, devait à plus forte raison leur refuser le droit de coalition (1).

Nous avons déjà écarté le premier argument tiré de l'article 123 du Code pénal.

On l'a reproduit à la séance du Sénat du 18 mai 1899, en considérant que les « manœuvres concertées » des facteurs des postes tombaient sous l'application du Code pénal (2).

Mais le texte ne condamne que « tout concert de mesures pratiquées par la réunion d'individus ou de corps *dépositaires de quelque partie de l'autorité publi-*

1. Ainsi M. Mougeot, sous secrétaire d'Etat aux postes et télégraphes, disait au Sénat le 16 avril 1899 : « Représentant du Gouvernement, je n'ai pas à discuter avec des fonctionnaires qui entendent discuter un droit qui, à mon avis, ne leur appartient pas... et que par suite je considère comme en état de rébellion ».

2. « J'insiste, dit M. Rabier, sur ces mots manœuvres concertées qui me paraissent nécessaires afin que le Parlement manifeste dans cette occasion qu'il est dans sa pensée, absolument impossible à un fonctionnaire quelconque de l'Etat, d'exercer le droit de grève ».

que » et par conséquent laisse en dehors de lui tout fonctionnaire qui n'est pas l'organe de la souveraineté. Nous avons prouvé qu'il en était ainsi de la fonction de gestion.

Cette différence de traitement se conçoit : une grève de fonctionnaires d'autorité compromettrait la puissance publique, c'est-à-dire le droit essentiel et fondamental de l'Etat, qui cesserait par là même d'exister. Au contraire, une grève de fonctionnaires de gestion ne compromet qu'un intérêt pécuniaire, c'est-à-dire un intérêt privé qui peut être considérable (on a dit que trois jours de grève des facteurs avaient fait perdre plusieurs millions aux commerçants de Paris) mais qui n'est pas un intérêt essentiel et vital pour l'Etat. Il ne peut suffire d'un intérêt général pour priver de la liberté du travail une catégorie de citoyens aussi considérable que l'est celle des fonctionnaires de gestion.

La preuve, c'est que les employés de chemin de fer, dont le service, plus important cependant que celui des employés des postes et qui présente surtout bien plus d'intérêt au point de vue de la défense nationale, ont cependant le droit de grève puisqu'aucune loi ne les en a privés (1).

Parfois on ne se contente pas d'invoquer l'intérêt général, on parle des intérêts de la défense nationale, par exemple pour les employés des fonderies, arsenaux, chemins de fer de l'Etat.

Mais il y a bien d'autres industries qui intéressent au même degré la défense nationale et pour lesquelles cependant il n'y a pas d'exception au droit de coalition : ainsi les mines de houille, les chemins de fer des Compagnies, etc.

On oppose aussi au droit de grève des fonctionnaires l'im-

1. Si M. Tolain leur refusait ce droit en 1872 (SCAFFHAUSER : *l. c.* p. 347), on le leur a depuis formellement reconnu, notamment dans une circulaire de M. Picard à propos de la tentative de grève générale de 1898.

possibilité de faire prévaloir en leur faveur la loi de 1864 qui n'a pas été faite pour eux. On ne pouvait penser à cette catégorie d'employés, parce que la forte discipline établie dans les administrations, dit M. Trarieux (1) ne leur donnait pas le moyen de préparer ou d'organiser les grèves.

L'Empire, dit-on, ne pouvait prévoir que ses employés chercheraient à user de cette loi ; ni dans l'exposé des motifs, ni dans le rapport d'Emile Ollivier, ni dans les discussions qui ont eu lieu à la tribune, il n'y a eu un seul mot qui indique que l'Empereur ou son gouvernement aient envisagé cette hypothèse de grève des employés de l'Etat (2). La preuve que sa pensée était légitime, que le danger des coalitions n'existait pas et par suite n'a pu naître dans la pensée du législateur, c'est que pendant les vingt ans qui ont suivi le vote de la loi de 1864, aucune manifestation n'en est apparue.

Ceci était d'ailleurs en harmonie avec la politique générale du gouvernement de l'Empire : fondé par un plébiscite et avide de popularité, il fit une concession légitime aux ouvriers, en leur accordant ce que l'Assemblée nationale, la Convention, l'Assemblée législative de 1849, leur avaient refusé. Mais, très autoritaire dans l'exercice de son pouvoir et surtout vis-à-vis de ses fonctionnaires dont il exigeait une absolue fidélité, il n'aurait pas permis une grève des employés de l'Etat et l'aurait réprimée par la force (3).

La loi de 1864, n'a donc jamais, dans l'esprit du législateur, pu s'appliquer aux employés de l'Etat.

Que le législateur l'ait ou non voulu, la loi de 1864, loin d'être une loi exceptionnelle, était au contraire un retour

1. *Journal officiel : Débats Parlem.* Sénat, 3 février 1896.

2. M. DEMÔLE : Sénat, 3 février, 1896. *Journal officiel : Déb. Parlem.*

3. M. DEMÔLE : *loc. cit.*

au principe de la liberté du travail. Si l'on considère qu'elle n'est pas applicable aux employés de l'Etat, il faut logiquement en dire autant des articles antérieurs du Code pénal qu'elle a modifiés et, par suite, le principe de la liberté subsiste en son entier.

D'ailleurs la loi de 1884 a posé elle-même la question, elle autorise les syndicats professionnels et son bénéfice ne peut-être refusé aux employés de l'Etat, nous l'avons montré.

Il est vrai qu'on dit que la coalition ne peut avoir pour but ici, de discuter le salaire puisque celui-ci est fixé par le budget. Mais nous avons montré qu'il y avait d'autres intérêts professionnels que le traitement et même pour le côté pécuniaire de la question, le succès d'une grève pourrait avoir pour résultat de faire accorder par l'Etat dans la loi du budget des salaires plus élevés. Tel a été le résultat de la grève des facteurs en 1899.

Donc, en l'état actuel de nos lois, on ne saurait refuser à un fonctionnaire qui ne tombe pas sous le coup de l'article 123 du Code pénal le droit de grève. Ce n'est pas à dire que nous pensons que jamais la puissance publique ne doive intervenir dans les relations entre l'Etat, personne morale, et ses ouvriers et ne doive apporter une restriction au droit de ces agents. Tout au contraire, nous pensons que très fréquemment l'Etat devra sanctionner pénalement l'exercice abusif de ce droit par ses employés et un sincère exposé de la situation actuelle montre qu'au lieu de réticences hypocrites ou de déclamations politiques, l'Etat doit par des lois très nettes mais exceptionnelles et s'interprétant restrictivement, priver parfois du droit de grève les employés de certains services publics.

L'intérêt privé et la liberté individuelle ne nous paraissent pas, au contraire, devoir fléchir dans deux cas : 1^o quand

la défense nationale est compromise (1); 2° quand il y a un intérêt essentiel de l'Etat en jeu.

En effet, tant que l'Etat est fabricant d'objets qu'il livre à la consommation publique, quand il s'agit d'un produit monopolisé dont la fabrication est un mode de perception d'impôt (tabac, poudres, allumettes, etc.), l'existence de l'Etat n'est pas en jeu, son intérêt pécuniaire seul est lésé, légèrement d'ailleurs, car il pourra s'adresser à la fabrication étrangère. Des considérations financières de ce genre ne sont pas suffisantes pour permettre une atteinte à la liberté.

Mais si, au contraire, il s'agit de l'existence même de l'Etat, le salut de l'Etat étant la loi suprême, on ne peut admettre que des considérations d'intérêt privé arrêtent la défense nationale, fassent cesser les transports militaires, la fabrication de la poudre et des canons. On doit donc enlever le droit de grève aux ouvriers des arsenaux de l'armée et de la marine, des constructions maritimes, des chemins de fer. Et même comme un danger lentique existe pour les établissements analogues de l'industrie privée, d'excellents esprits ont pensé qu'il fallait enlever cette faculté à leurs ouvriers (2).

1. Propos. Trarieux déposée au Sénat le 4 mars 1886.

2. Proposition de loi de M. Merlin (1895) pour supprimer le droit de coalition des employés des chemins de fer et des établissements de l'Etat. M. Tolain affirmait déjà en 1872 que les employés du chemin de fer n'avaient pas ce droit (v. SCHAFFHAUSER : *l. c.*, p. 347). La proposition ajoutait à l'a. 415 la disposition suivante : « Sera punie d'un emprisonnement de 6 jours à 6 mois et d'une amende de 16 à 500 fr. ou de l'une de ces deux peines seulement toute *coalition* de la part des employés et ouvriers des établissements de la guerre et de la marine, des manufactures de tabac, des manufactures d'allumettes et des agents des compagnies de chemins de fer et des chemins de fer de l'Etat et les agents non classés employés à titre permanent, pour faire cesser suspendre ou empêcher le travail, s'il y

Cette restriction au droit de coalition peut même s'étendre aux services publics qui sont d'un intérêt essentiel à la vie publique et par suite à l'Etat. Ainsi les postes, télégraphes, téléphones, sont d'un usage si courant aujourd'hui, qu'ils ne peuvent être remplacés par aucun mode de correspondance connue, et que leur arrêt causerait vite une perturbation dans le régime économique. Ce malaise mettrait la vie nationale en danger. On conçoit que l'Etat, qui a une mission régulatrice sur la vie nationale, puisse restreindre la liberté individuelle pour assurer cette mission essentielle.

C'est ainsi que les pays anglo-saxons très libéraux cependant ont résolu la question. Aux Etats-Unis, à la suite de la grève des 19.000 employés du télégraphe, en 1883, est intervenue une loi restrictive du droit de grève. En Angleterre, l'act de 1875 (art. 4) voté à la suite de la grève des ouvriers gaziers, à Londres et à Manchester, punit de peines correctionnelles, quiconque par une rupture intempestive de son contrat de louage interrompt un service public municipal tel que celui de l'eau et du gaz. Plus récemment, la grève des employés d'omnibus à Londres en 1891 et celle des employés de chemin de fer en Ecosse en 1890, ont fait déposer des projets de loi tendant à restreindre cette liberté.

La Chambre italienne a été saisie, en 1889, d'un projet de restriction du droit de grève et de coalition des em-

a eu tentative ou commencement d'exécution » et après discussion, la proposition fut adoptée, mais on fit exception pour les employés des manufactures de tabac et d'allumettes. On a critiqué cette mise hors du droit commun des employés de chemins de fer. M. Cavaignac exprima cette opinion que la défense nationale est suffisamment garantie par les lois militaires qui s'appliquent en cas de mobilisation aux employés des chemins de fer (a. 51, l. 1889) et les lois pénales (a. 430, 431, 433) relatives aux fautes des agents des fournisseurs ». *Journal officiel : Déb. Parlem. Sénat*, 4 février 1896.

ployés des postes, des télégraphes et des chemins de fer (1).

Ces deux restrictions relatives, l'une aux travaux intéressant la défense nationale, l'autre aux services publics essentiels à la vie nationale, mettent ainsi hors du droit commun les employés de ces deux catégories. On ne peut le faire qu'en donnant à ces employés des compensations pour le sacrifice qu'ils font d'un de leurs droits individuels (2) ; à cette situation anormale devront correspondre des avantages spéciaux, comme la dispense d'une partie du service militaire ou des faveurs particulières pour la retraite, avantages dont jouissent déjà partiellement les employés de chemin de fer.

Telles sont les solutions qu'apporte, en législation comme en jurisprudence, cette distinction si féconde des fonctions de gestion et des fonctions de puissance publique, distinction basée sur un principe juridique solidement établi.

1. *Le Temps*, 30 juin 1899 : Le ministère et la Chambre en Italie.

2. Léon Bourgeois : Sénat, 4 février 1896. — Cf. : Discours de M. Trarieux (même date).

CONCLUSION

Les tâches de l'Etat se multiplient et se compliquent ; elles nécessitent de plus en plus chez ceux qui les veulent remplir une instruction particulière. D'autre part, l'avènement de la démocratie écarte ceux qui pourraient exercer gratuitement ces fonctions pendant un temps limité, en s'estimant suffisamment rétribués de leur peine par la considération attachée au service public. Ces deux causes ont puissamment contribué à la multiplication des fonctions de carrière.

Mais les progrès du droit n'ont pas répondu au développement des fonctions publiques professionnelles ; celles-ci ne sont fréquemment que des situations de fait.

Il est de toute nécessité d'appliquer les règles du droit à la situation de près d'un million de citoyens français que paie le budget commun.

Deux conceptions opposées sont en présence : l'une d'origine germanique, l'autre d'origine romaine. Leur lutte a constitué toute l'histoire de la fonction publique.

La conception germanique fait de la fonction publique une situation de droit privé ; elle a eu son plein épanouissement dans le système civiliste de l'école anglaise et dans les théories féodales de l'école allemande.

En Angleterre, elle est devenue la théorie du louage de services. Celle-ci conviendrait mal à notre système admi-

nistratif, si on l'appliquait à tous les degrés de la hiérarchie. L'Angleterre a eu une légitime influence sur notre droit public. Elle nous a donné une partie de ses institutions. Mais celles-ci étaient si peu en harmonie avec notre tempérament politique et nos traditions nationales, qu'en passant chez nous, dans un milieu différent, elles se sont déformées. En particulier, notre administration hiérarchisée, centralisée, spécialisée, est fondée sur un tout autre système que celle de nos voisins chez qui le *self-government* est encore en honneur et où les juges sont en même temps des administrateurs. Son rôle est d'ailleurs différent : chez nous, elle intervient fréquemment dans des cas laissés en Angleterre à l'initiative individuelle. Les règles appliquées à la fonction dans le Royaume-Uni, où le droit administratif est inconnu, ne sauraient convenir à la fonction publique en France où cette branche du droit s'est développée depuis un siècle.

Cette même conception de droit privé qui fut celle de la monarchie franque s'est conservée en Allemagne où elle a pris une tournure féodale. On explique par des règles tirées du droit privé la plupart des institutions de droit public. Le rapport de fonction publique, est parfois considéré comme un droit réel, et la loi d'empire du 31 mars 1873 est une véritable charte des fonctionnaires qui semble consacrer pour eux la patrimonialité des offices. Quand on le conçoit comme un lien personnel, ce rapport est expliqué par le lien de vassalité.

Il est certain que les principes généraux du droit auxquels on veut soumettre la fonction publique sont plus particulièrement exposés dans les théories de droit privé depuis longtemps discutées, tandis que la science du droit public est assez récente. Mais cette règle est loin d'être absolue et nous avons vu combien de théories originales ont été pré-

sentées en droit public par notre jurisprudence française.

D'autre part, le droit privé qui règle les rapports d'individu à individu, entre lesquels règne l'égalité de droit, est insuffisant pour rendre compte des manifestations de la puissance publique qui n'a avec ses sujets que des rapports d'autorité.

Dans la conception romaine au contraire, on considère la fonction publique comme une participation à l'exercice de la souveraineté et elle crée au fonctionnaire un état légal.

Mais si cet état légal ne comporte pas au profit du fonctionnaire des garanties spéciales contre la révocation, le déplacement et les autres actes de la puissance publique qui peuvent léser ses intérêts, si on laisse au Gouvernement un pouvoir arbitraire, on confond l'administration avec la politique parce que le parti au pouvoir ne manque pas d'user de son droit. Or non seulement une administration politique est par elle-même détestable et incapable d'une bonne gestion, comme le prouve l'exemple des Etats-Unis, mais encore elle constitue un obstacle insurmontable à la réalisation de réformes urgentes ; on se méfie, en matière administrative, de l'esprit de parti. En tout cas, on fait sortir la fonction du domaine du droit pour la ramener à un état de fait.

On peut au contraire apporter à l'état de fait des éléments légaux, des garanties très sérieuses contre la révocation ou le déplacement arbitraire. C'est là une voie heureuse mais qui peut avoir des inconvénients. On ne peut le faire par une loi générale car l'inaltérabilité des fonctionnaires d'autorité est incompatible avec un véritable régime parlementaire. On sait les conséquences regrettables qu'un semblable système a eues en Allemagne. On doit donc procéder par des lois spéciales à chaque service. La longueur du travail parlementaire nous en ferait attendre longtemps la

réalisation. Les projets de 1843 n'ont pas encore abouti, malgré qu'ils aient été maintes fois repris.

D'autre part, la constitution d'un état légal en faveur d'un fonctionnaire est une mission bien délicate ; elle place le législateur entre la crainte d'affaiblir l'autorité du pouvoir exécutif, d'énervier la discipline et le désir de soustraire l'agent à un arbitraire qui ne lui donne aucun droit.

On usera donc de règlements d'administration publique qui offrent déjà des garanties bien inférieures à celles que peut donner la loi. Les règlements établis ne seront jamais que des règlements spéciaux forcément incomplets, et qui feront ressortir l'inégalité de traitement entre ceux qui en seront l'objet et ceux qui resteront en dehors de leurs termes.

Dans tous les cas, l'état légal manquera de la souplesse nécessaire pour s'appliquer à des situations qui, en fait, peuvent être différentes ; il n'atteindra pas toujours le but proposé, s'il permet à l'autorité supérieure respectueuse de la légalité de prononcer des révocations malgré l'avis contraire des conseils administratifs ; il ne peut que difficilement résoudre la question d'indemnité en cas de révocation injustifiée.

C'est cependant là un progrès très sérieux vers lequel s'oriente la pratique moderne et qui est le seul moyen de donner des garanties de droit aux fonctionnaires qui participent à l'exercice de la puissance publique.

Mais entre les deux conceptions précédentes, l'une et l'autre absolues, il est possible d'opérer une conciliation qui découle naturellement d'un principe dominant tout notre droit administratif.

L'Etat agit tantôt comme puissance publique, tantôt comme personne morale ; il fait des actes d'autorité et des actes de gestion, il a des fonctionnaires qui commandent et

d'autres qui gèrent des intérêts par des actes matériels ou en passant des contrats.

Le fonctionnaire d'autorité participe à la puissance publique qui est un rôle, une attribution, une fonction de souveraineté ; l'unité de la volonté générale l'oblige à se conformer aux vues du Gouvernement ; il doit être soumis au pouvoir incontrôlé du ministre. Si, pour quelques-uns, la fonction doit comporter une indépendance relative, ou même absolue comme celle des juges, la loi lui créera exceptionnellement un état légal.

Le fonctionnaire de gestion, au contraire, gère les intérêts collectifs de la communauté ; il est en rapport avec l'Etat personne morale, qui ne dispose pas de la puissance publique ; le lien créé entre deux personnes, quand il n'existe pas entre elles de rapport de puissance au point de vue souslequel elles se placent, est un contrat. Le fonctionnaire de gestion, ayant la même situation vis-à-vis de l'Etat que tout employé vis-à-vis d'une personne morale quelconque, est soumis au droit commun, quand des règles spéciales n'y dérogent pas. Il aura donc les mêmes garanties que tout bailleur de services ou tout mandataire salarié, en dehors de celles que les lois particulières peuvent lui avoir données.

Le droit commun, ajouté aux garanties légales, dont jouit l'employé, lui donne le droit de réclamer des dommages-intérêts en cas de révocation injustifiée ; il peut en outre faire appliquer à l'Etat la responsabilité de l'article 1384.

Cette théorie est, pour la seconde catégorie de fonctionnaires, infiniment plus souple que celle de l'état légal ; elle est plus efficace, car elle fait obtenir la réparation d'un préjudice causé par l'administration même en se conformant à la loi.

Ainsi, on applique des règles de droit à une situation

trop souvent considérée comme un état de fait. Il importe moins en effet de choisir tel ou tel système, que d'en choisir un et de l'appliquer. Il est nécessaire de faire pénétrer chaque jour davantage le droit dans les matières sur lesquelles s'exerce le pouvoir gouvernemental. « Il est à souhaiter, comme l'écrit M. Larnaude, que l'idée du droit, que la forme du droit, que les procédés du droit pénètrent chaque jour davantage dans les matières constitutionnelles et administratives. Ce n'est qu'à cette condition qu'une institution acquiert une force de résistance qui lui permet de braver et d'affronter les tempêtes » (1).

1. M. LARNAUDE : *Notre programme (Revue du droit public et de la science politique, 1894, I, p. 3.)*

VU :

Le Président de la thèse,

H. BERTHÉLEMY.

VU :

Le Doyen,

GLASSON.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE	1
BIBLIOGRAPHIE	7

INTRODUCTION

CHAPITRE I

La fonction publique et le fonctionnaire public.

§ 1. La fonction publique	23
§ 2. Le fonctionnaire public	26

CHAPITRE II

Développement de la fonction publique.

§ 1. L'Etat	35
§ 2. Les attributions de l'Etat. — Leur extension progressive.	36
§ 3. Développement parallèle des fonctions publiques	42

CHAPITRE III

Le problème de la nature juridique de la fonction publique.

§ 1. Son intérêt.	50
§ 2. Sa difficulté	54
§ 3. Sa méthode	56

CHAPITRE IV

Histoire des théories de la fonction publique.

a) Dans l'antiquité classique.	69
b) Dans le droit français	73

PREMIÈRE PARTIE

Critique des différentes théories proposées.

CHAPITRE I

Les théories de droit privé.

SECTION I

<i>Généralités</i>	89
§ 1. Intérêt à classer la fonction publique dans le droit public ou dans le droit privé	89
§ 2. Les écoles de droit privé : le droit anglais et l'école civiliste allemande	92
§ 3. Principales théories de droit privé	96

SECTION II

<i>Le contrat de droit privé en général</i>	98
---	----

SECTION III

<i>Le lien juridique créé par le contrat de droit privé.</i>	103
--	-----

I. — <i>Les théories du droit réel né du contrat de droit privé</i>	104
1 ^o Les théories de la possession.	110
§ 1. Théorie du précaire	111
§ 2. Théorie de la donation	116
§ 3. Théorie du louage de choses, ...	124
2 ^o La théorie du droit de propriété.	129
a) La féodalité.	130
b) Les offices de l'ancien régime	138
c). Critique.	141
II. — <i>Les théories du lien personnel né du contrat de droit privé</i>	149
§ 1. Théorie de la gestion d'affaires	150

§ 2. Théorie du mandat	158
a) Théorie du mandat civil.	158
Critique.	176
b) Théorie du mandat spécial ou public.	189
§ 3. Théorie du louage de services.	192
§ 4. Théorie du contrat innommé	212
§ 5. Théories analytiques ou complexes de droit privé.	219

SECTION. IV

<i>Critique générale des théories de droit privé</i>	223
--	-----

CHAPITRE II

Les théories de droit public.

SECTION I

<i>Système du contrat de droit public</i>	235
a) Contrat d'intérêt général (Seydel).	237
b) Contrat de puissance publique (Laferrière).	240
Réfutation.	252

SECTION II

<i>Systèmes de l'acte unilatéral de puissance publique et du régime légal unilatéral</i>	276
I. — <i>La nomination est un acte unilatéral de la puis- sance publique</i>	279
II. — <i>Le régime créé par la nomination</i>	286
1 ^o Théorie du droit réel ou de l'occupation tempo- raire du domaine public (M. Hauriou)	287
Critique	293
2 ^o Théories du lien personnel	300
§ 1. Théorie du rapport de vassalité (M. Laband).	301
Critique	307
§ 2. Théorie de la contrainte légale.	316
§ 3. Théorie du rapport légal spécial (M. Lar- naude)	330
Critique	341

CHAPITRE III

Théories mixtes de droit public et de droit privé.

Exposé	366
Critique	378
Conclusion sur la première partie	395

DEUXIÈME PARTIE

Établissement de notre théorie.

CHAPITRE I

Théorie générale de l'Etat.

SECTION I

<i>La personnalité de l'Etat</i>	398
--	-----

§ 1. La personne privée.	400
§ 2. La puissance publique est-elle une personne juridique ?	401

I. — <i>Système de la personnalité réelle. — Théories de la volonté.</i>	402
--	-----

1. Théorie de la volonté organique	404
2. Théorie de la volonté unifiée	407
3. Théorie de la représentation des volontés	408
4. Théorie de la volonté juridique	410

II. — <i>Système de la personnalité fictive. — Théories de l'intérêt</i>	412
--	-----

III. — <i>Système de la non-personnalité de l'Etat. — Théorie de la souveraineté, fonction des individus, électeurs ou fonctionnaires</i>	418
---	-----

1. Les droits sans sujet.	418
2. Les membres de l'Etat sujets des droits étatiques.	421

SECTION II

<i>Division des rapports juridiques de l'Etat en rapports de droit privé et rapports de droit public.</i>	431
---	-----

§ 1. Théorie de l'unité du droit	432
Critique	435
§ 2. Théorie de la gestion administrative (M. Hauriou).	441
§ 3. Théorie des actes de puissance publique à décroissance graduelle (M. Jacquelin)	448
§ 4. Théorie traditionnelle. — Actes de puissance publique et actes de gestion.	451

SECTION III

<i>Application de la doctrine qui oppose la personne morale et la puissance publique, les actes de gestion et les actes d'autorité, à la théorie de la fonction publique</i>	460
--	-----

§ 1. Distinction des fonctionnaires de gestion et des fonctionnaires d'autorité (M. Berthélemy)	460
§ 2. Cette distinction n'a rien de commun avec celle qu'on a voulu établir entre les fonctionnaires et les employés	470
§ 3. Conséquences de notre distinction au point de vue de la nature juridique de la fonction	478

CHAPITRE II

Théorie générale de la fonction publique d'autorité.

SECTION I

<i>Nature de la fonction d'autorité. Est-ce un pouvoir propre ou un pouvoir délégué ?</i>	482
---	-----

§ 1. Les deux conceptions traditionnelles	482
§ 2. Caractère du pouvoir propre.	484
§ 3. Adaptation à la théorie de la fonction d'autorité	492
§ 4. Exposé de la théorie du pouvoir délégué.	495
§ 5. Critique de la théorie du pouvoir délégué	498

SECTION II

<i>Objet de la fonction d'autorité.</i>	510
1. Théorie de la souveraineté matérielle	512
2. Théorie de la souveraineté immatérielle.	517

3. La souveraineté est à la fois matérielle et immatérielle.
 — Le fonctionnaire participe à la première, c'est-à-dire à l'*exercice*, mais non à la seconde c'est-à-dire à la *substance* de la souveraineté 520

SECTION III

L'état du fonctionnaire et ses garanties légales. 529

1. Droit reflet. — Critique 530
2. Droit subjectif 533
 - a) Le fonctionnaire a des garanties spéciales. 534
 - b) Le fonctionnaire n'a pas de garanties spéciales 539
 - c) Des projets ayant pour but de donner un état légal à tous les fonctionnaires 546

CHAPITRE III

Théorie générale de la fonction publique de gestion.

SECTION I

De l'existence des fonctions publiques de gestion 564

SECTION II

Le contrat de fonction de gestion. 575

1. Objections de forme. — Réfutation 577
2. Objections de fond. — Réfutation 586

SECTION III

Nature du contrat de droit privé de la fonction de gestion. 598

- § 1. Théorie du mandat. 601
- § 2. Théorie du louage de services 606
- § 3. Théorie du contrat mixte. 612
- § 4. Systèmes analytiques. — La fonction de gestion est tantôt un louage, tantôt un mandat 618
 - 1^{er} *criterium*: la gratuité des services: sont mandats les fonctions de gestion gratuites, sont louages les fonctions salariées 621

2 ^e <i>criterium</i> : la nature des services : sont mandats les fonctions de gestion qui comportent des services intellectuels ; sont louages celles qui impliquent des services manuels.	625
3 ^e <i>criterium</i> : le degré occupé dans la hiérarchie administrative : sont mandataires les employés supérieurs et bailleurs de services les employés subalternes.	635
4 ^e <i>criterium</i> : la représentation : sont mandataires les fonctionnaires qui représentent juridiquement l'Etat personne morale, et bailleurs de services ceux qui font des actes de gestion n'impliquant pas cette représentation.	638
Justification et application de cette distinction.	646

CHAPITRE IV

Conséquences de notre théorie relativement aux obligations de l'Etat et du fonctionnaire.

SECTION I

<i>Critique de la jurisprudence relative à la responsabilité de l'Etat et des fonctionnaires et à la compétence en matière d'actions en responsabilité.</i>	654
---	-----

§ 1. De la responsabilité de l'Etat	654
a) En cas de fait dommageable à un tiers commis par un fonctionnaire.	655
b) En cas de fait des tiers préjudiciable à un fonctionnaire.	682
c) A raison de son fait de suspension, déplacement ou révocation de ses agents	684
d) Compétence	703
1. Administrative	706
2. Judiciaire	720
§ 2. De la responsabilité du fonctionnaire. — La faute personnelle et la faute de service	722

SECTION II

*Législation relative à quelques droits
actuellement en discussion.*

§ 1. Droit d'admission aux fonctions publiques . . .	729
a) Conditions relatives :	
1. au sexe	729
2. à la nationalité	731
3. à la religion.	733
b) Conditions politiques	734
1. Serment	735
2. Education	736
3. Concours.	738
§ 2. Du droit d'association et de coalition des fonction- naires	740
1. Droit d'association	741
2. Droit de coalition.	748
CONCLUSION	757

